Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde in der Jurisprudenz,
welche
mit Genehmigung der hohen juristischen Fakultät
der
vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg
nebst den beigefügten Thesen
am Montag, den 22. Februar 1909, mittags 12 Uhr
öffentlich vortragen wird

Hermann Richter,
Referendar
aus Halle a. S.

ACAD
LAND BAT.
BIBL.

Opponenten:
Herr Referendar Max Loewe,
Herr Referendar Arno Zeumer.

Halle a. S.
Heynemann'sche Buchdruckerei (Gebr. Wolff).
1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0051

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung (§ 1).

A. Schuld und Haftung (§ 2 bis 9). Seite

I. Die Schuld (§ 2 bis § 3) 9
1. Begriff der Schuld (§ 2) 9
a) Die Schuld als Leistensollen 9
α) Inhalt des Leistensollens: Leistensollen — Unterlassensollen 9
β) Objekt des Leistensollens: Vertretbare — nicht vertretbare Leistungen 10
b) Die Schuld als Bekommensollen 11
2. Die Realisierung der Schuld (§ 3) 13
a) Die freiwillige Erfüllung 15
b) Die Zwangserfüllung 15
II. Die Haftung (§ 4 bis § 9) 18
1. Die Haftung selbst (§ 4 bis § 8) 18
a) Entwicklung des Haftungsbegriffs (§ 4 bis § 6) 18
α) Zwischen Schuld und Haftung ist ein Unterschied (§ 4) 18
β) Inhalt der Haftung (§ 5) 19
γ) Schuld und Haftung sind Gegensätze, denn es gibt eine Haftung ohne Schuld, und eine Schuld ohne Haftung (§ 6) 22
b) Subjekt der Haftung (§ 7) 25
c) Umfang der Haftung (§ 8) 30
2. Die Realisierung der Haftung (§ 9) 31

B. Die Bürgschaft ein Haftungsverhältnis (§ 10 bis § 22).

I. Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger (§ 10 bis § 17) . . . 35
1. Der Bürge ist nicht Schuldner des Gläubigers (§ 10 bis § 13). 35
a) Der gewöhnliche Bürge (§ 10 bis § 11) 35
α) Der Bürge ist nicht Gesamtschuldner mit dem Hauptschuldner (§ 10) 35
β) Der Bürge ist auch nicht Nebenschuldner (§ 11) . . 38

Seite

b) Der selbstschuldnerische Bürge (§ 12 bis § 13) 40
α) Er ist nicht Gesamtschuldner (§ 12) 40
β) Er ist nicht kumulativer Schuldübernehmer (§ 13) . . 42
2. Des Bürgen Sollen ist vielmehr Haftung (§ 14 bis § 16) . 44
a) Die Haftung des gewöhnlichen Bürgen (§ 14 bis § 15) . 44
α) Inhalt des Haftungsverhältnisses (§ 14) 44
β) Subjekt und Umfang des Haftungsverhältnisses (§ 15) . 49
b) Die Haftung des selbstschuldnerischen Bürgen: Charakterisierung des Haftungsverhältnisses (§ 16) 53
3. Wann wird der Bürge dem Gläubiger gegenüber frei? (§ 17) 55
II. Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner (§ 18 bis § 19) . 58
1. Der Bürge hat dieselben Einwendungen wie der Hauptschuldner (§ 18) 58
2. Die Legalzession (BGB. § 774) (§ 19) 63
III. Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder (§ 20 bis § 22) . . 65
1. Strohals Ansicht (§ 20) 65
2. Breits Ansicht (§ 21) 69
3. Das aus dem Haftungsbegriff sich entwickelnde Ergebnis (§ 22) 71

Einleitung.

§ 1.

Das Bestreben, jeden Rechtsbegriff, jedes Rechtsinstitut, jedes Rechtsverhältnis aus dem System des römischen-Rechtes abzuleiten und ganz moderne Institute wie die Grundschuld oder Bodmerei, die sich doch sicher mit römisch-rechtlichen Begriffen nicht erklären lassen, in das römische Obligationenrecht einzugliedern, hat dahin geführt, auch die moderne Bürgschaft als aus dem römischen Verbalkontrakt der *fidejussio* abstammend und von ihm sich herleitend zu betrachten.

Alle Schriftsteller, welche über die Bürgschaft geschrieben haben, erkennen an, daß es auch im germanischen Recht eine Bürgschaft gegeben hat, die sich aus ganz anderen, rein germanischen Begriffen zusammensetzt.

Daß aber die Bürgschaft des modernen Rechts ebenfalls aus rein germanischen Bestandteilen besteht, daß überhaupt der ganze Bürgschaftsbegriff sich nur auf germanischer Grundlage aufbauen läßt, daß man, wenn man mit dem römischen Bürgschaftsbegriff operiert, zu ungeheuerlichen, dem Willen des Gesetzgebers und dem Zwecke des Gesetzes widersprechenden Konsequenzen kommt, dies wollen die meisten Schriftsteller nicht anerkennen, sondern legen unentwegt ihren Konstruktionen der modernen Bürgschaft den römisch-rechtlichen Begriff der *fidejussio* zugrunde.

Um wieviel befriedigendere Resultate die Anwendung des germanischen Begriffs der Haftung auf die moderne Bürgschaft gegenüber der Anwendung des römischen Korreal-

begriffs zeitigt, dies soll durch die nachfolgenden Erörterungen dargetan werden.

Die Ansicht, daß die Bürgschaft des modernen Rechtes kein Schuldverhältnis, sondern als Erzeugnis des germanischen Rechtes ein Haftungsverhältnis ist, ist von Isay[1]) gestreift, aber nicht begründet worden, sonst ist diese Ansicht meines Wissens noch nicht in der Literatur vertreten.

Die Ansicht, daß der germanistische Begriff der „Haftung“ auch für das moderne Recht existiert, wird in der Literatur bereits vielfach vertreten, so von Bekker, Bruck, Isay, Pappenheim, Riezler, Schwind und Siber[2]); sie ringt sich allmählich in der Wissenschaft als vernünftig und notwendig durch.

Bevor ich nun zu meinem eigentlichen Thema: der Bürgschaft als Haftungsverhältnis übergehen kann, muß ich noch den Unterschied zwischen Schuld und Haftung, der auch unter den Germanisten noch nicht völlig geklärt ist, einer eingehenden Betrachtung unterziehen, um auf dieser Grundlage dann den Bürgschaftsbegriff als Haftungsbegriff und die Konsequenzen des gewonnenen Begriffes zu entwickeln.

---

[1]) Iherings Jahrbücher, Bd. 48, S. 187 ff.

[2]) Unten S. 18/19.

A. Schuld und Haftung.

I. Die Schuld.

1. Begriff der Schuld.

§ 2.

Was ist Schuld, was heißt: A. ist mein Schuldner? A. hat von mir z. B. 100 M. geliehen, oder der Maler B. hat sich verpflichtet, mir ein Bild zu malen. Beide haben eine Verpflichtung, eine Rechtspflicht auf sich genommen: A. soll die 100 M. zurückzahlen, er soll am Tage der Fälligkeit 100 M. an mich leisten, B. soll zu dem festgesetzten Termin das Gemälde fertig stellen, auch er soll also leisten.

Schuld ist demnach ein rechtlich erheblicher Zustand für eine Person, welcher dadurch bestimmt ist, daß diese Person etwas leisten soll.[1][2])

Wohlgemerkt nur eine Person! Ein Gegenstand — Sache oder Recht — kann niemals schulden. Dazu gehört

---

[1]) Über dies „Soll" erklärt sich Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 101: „Das Soll ist der Ausdruck für die Bestimmung der Rechtsordnung. Jede rechtliche Bestimmung kann in der Weise zum Ausdruck gebracht werden. Das Sollen bezieht sich nicht nur auf Personen, sondern auch auf Sachen, die ja gleichfalls von einer rechtlichen Bestimmung ergriffen werden können."

[2]) Vom Leistensollen zu reden, entspricht der Sprache der altdeutschen Quellen, da es in ihnen gewöhnlich heißt, daß der Schuldner leisten soll. Es seien hier nur folgende Beispiele aus dem Sachsenspiegel angeführt: Ssp. 1, 7: *der salt gelden;* 65, § 4: *Alle scult mut man wol gelden, deme man te gelten sal.*

ein Wesen, welches einen Willen hat, welches Handlungen vornehmen kann, welches sich verpflichtet fühlen kann. Zu dem Erfolg, der durch das Leistensollen bezweckt werden soll, mit anderen Worten zur Realisierung der Schuld oder Erfüllung ist ein Willensakt des Schuldners oder eines Dritten (§ 267 BGB.), jedenfalls einer Person, eines Wesens, das handlungsfähig ist, notwendig. Das Leistensollen verlangt deswegen das Tätigwerden eines ethischen Faktors, der stets Personen zur Voraussetzung hat.[1][2])

Das Leistensollen eines Schuldners, von Stobbe[3]) als „Verpflichtung zu bestimmtem Verhalten" bezeichnet, kann aber nach Objekt und Inhalt verschieden sein. Zunächst der Inhalt. Es hat sich C. als Mieter eines Zimmers verpflichtet, in diesem Raume nicht zu rauchen.[4]) Auch diese Verpflichtung ist ein Leistensollen: C. soll nicht rauchen. Nur sieht man, daß zum Unterschied von den bisherigen Beispielen, die ein positives Tun (zurückzahlen, malen) verlangten, das Leistensollen hier ein negatives Tun, ein Unterlassen ist: C. soll das Rauchen unterlassen. Da hier bei dem Unterlassen der Wille des Schuldners ebenso physiologisch tätig ist wie beim Handeln[5]), so ist es verständlich, daß das Unterlassensollen gleichfalls von dem weiteren Begriff des Leistensollens mit umschlossen wird. Daß im modernen Recht die Zulässigkeit des Unterlassens als Unterart der Leistung anerkannt ist, ergibt sich aus den klaren Worten des § 242 BGB.

Auch dem Objekt nach kann das Leistensollen ein verschiedenes sein. Wenn A. mir 100 M. zurückzahlen soll, so gibt er mir sicher nicht die 100 M. wieder, die ich ihm

---

[1]) So Bruck, S. 144.

[2]) Daß nur Personen eine Schuld haben können, ist in der Literatur allgemein anerkannt. Besonders erwähnt wird es von Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 107, Grundschuldbegriff, S. 13; Bruck, a. a. O., Isay, S. 195, v. Amira I, S. 40.

[3]) S. 104.

[4]) Weitere Beispiele s. Dernburg II, 1, S. 20/21.

[5]) Siehe hierüber v. Amira, Westn. Obl.-R., S. 66.

geliehen habe; er hat, da es sich um eine vertretbare Leistung handelt, nur *in genere* zu leisten (§ 243 BGB.), ein anderer könnte ebenso gut an seiner Stelle die 100 M. bezahlen (§ 267). Anders B. Er soll das Bild malen. Hierzu ist vielleicht kein anderer imstande, da ich gerade die Art der Auffassung und der Ausführung, wie B. das Bild malt, auf dem Bild verwirklicht sehen will. Diese Leistung kann also ein anderer an B.s Stelle nicht übernehmen; es ist eine nicht vertretbare Leistung, eine Individualleistung.

Dies das Leistensollen des Schuldners. Doch ist der Schuldbegriff nicht aus diesem einzigen Element zusammengesetzt. Zu jedem Soll gehört ein Haben, zu jeder Schuld ein Gläubiger. Was bedeutet für ihn die Schuld? Wenn A. mir das Darlehen von 100 M. zurückzahlen soll, dann soll ich meinerseits als Gläubiger des A. 100 M. von ihm erhalten. Es gehört also notwendig zum Schuldbegriff das Bekommensollen des Gläubigers hinzu. Dies beweisen uns auch die deutsch-rechtlichen Quellen, in denen der Gläubiger eine Schuld hat, wo er des öfteren sogar als Schuldner, in lateinischen Quellen als *debitor*[1]), bezeichnet wird. So heißt es bei v. Amira[2]) vom Gläubiger: die Schuld ist seine Schuld, er hat sie, und zwar beim Schuldner: *eiga skuld at manni*[3]). In seinem Grundriß[4]) sagt er: „In diesem Doppelsinn (Leistensollen und Bekommensollen) war die Schuld ein Zustand zweier Parteien, nicht allein dessen, der got. als *skula*, ahd. als *skulo* und heute als Schuldner erscheint, sondern auch des Gläubigers, weswegen dieser so gut wie jener wn. *skuldamaðr*, on. *skyldugher*, mhd. *schuldman*, *schuldenære*, *schuldigære*, ja sogar *bezaler* heißen konnte·

[1]) Ich erinnere nur an lex Burg. XIX, 10: *quicumque fidejussor noluerit satisfacere debitori.*

[2]) Westnordisches Obligationenrecht, S. 68, ebenso Puntschart, a. a. O., S 103 ff.

[3]) Siehe Gulaþingsbok 71 in Norges gamle Love I, S. 3 bis 104; Rettebod for Irland a. 1294, § 28, gleichfalls in Norges gamle Love IV, S. 341 bis 353.

[4]) Grundriß des germanischen Rechts, S. 131.

Vom Standpunkt des Gläubigers aus war die Schuld aber auch ein Haben, insofern als ihm beim Schuldner oder unter demselben das geschuldete Gut gehört.“

Weil also die Schuld ein Sollen ist, was eben auch vom Gläubiger als einem Empfangensollenden ausgesagt werden kann, deshalb diese Erscheinung.[1])

Daß dieser Begriff des Bekommensollens auch im modernen Recht als zweites Element der Schuld anzusehen ist, dafür sprechen sich v. Amira[2]), Puntschart[3]), Brunner[4]), Gierke[5]), Isay[6]), Siber[7]) und v. Staudinger[8]) aus. Die Einführung dieses Begriffes ist um deswillen notwendig, weil der Gläubiger nur aus diesem Bekommensollen alle seine Rechte, die auf Erfüllung der Leistung gerichtet sind, herleitet. Infolge des Empfangensollens kann er klageweise und mittels Zwangsvollstreckung gegen den Leistensollenden vorgehen. Das Bekommensollen ist demnach, wie Westerkamp[9]) sehr richtig bemerkt, der Ausgangspunkt der Rechte des Gläubigers aus dem Schuldverhältnis.

Daß auch das BGB. nicht mit dem Leistensollen den Schuldbegriff als erschöpft ansieht, sondern das Bekommensollen als zum Schuldbegriff gehörig anerkennt, geht aus § 295 BGB. hervor. In diesem Falle kann es vorkommen, daß zur Erfüllung der Leistung auch ein Mitwirken des Gläubigers erforderlich ist, d. h. also ein Bestreben des Gläubigers, die Leistung zu bekommen. Außerdem spricht, was Siber[10]) erwähnt, auch § 243 dagegen, wonach der Schuldner alles „seinerseits“ zur Leistung Erforderliche getan haben kann, und daß trotzdem die Schuld fortbestehen.

[1]) Siehe Puntschart, a. a. O.
[2]) Nordgermanisches Obl.-R., S. 36, 43.
[3]) a. a. O., S. 210 ff., Grundschuldbegriff, S. 14.
[4]) In Kohlers Enzyklopädie, s. S. 248.
[5]) Daselbst, S. 522.
[6]) Ih. J., 48, S. 186 ff.
[7]) Schuld und Haftung nach Reichsrecht, Ih. J., 50, S. 86.
[8]) II, 2, S. 2.
[9]) Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 140.
[10]) a. a. O., S. 174.

noch nicht erfüllt sein kann. Wäre die Schuld im Leistensollen erschöpft, so könnte sie nach Eintritt des Leistens des Schuldners in diesem Falle nicht mehr fortbestehen, sondern müßte erloschen sein.

Auch Bekker[1]) erkennt an, daß die Schuld aus zwei Bestandteilen sich zusammensetzt. Aber er verbindet mit dem Schuldbegriff den Begriff der Erfüllung der Schuld. Er trennt zwar Leistensollen und Bekommensollen, für die er die Ausdrücke Rechtsverhältnis und Recht gebraucht, doch zu jedem der beiden Begriffe tritt bei ihm schon das Erfüllungsmoment deutlich hinzu, da er nicht von einem Zustand, sondern von einem Tun und von einer Leistung spricht. Nach ihm geht das Recht (unser Bekommensollen) auf eine „echte, bestimmtes positives Tun des Pflichtigen erfordernde Leistung", welche ein Vermögensstück ist, mit in den Konkurs fällt und der Verjährung unterliegt. Das andere Glied (unser Leistensollen) fordert zunächst nichts als ein gewisses Verhalten des Schuldners, das dieser ebenso durch positive Handlungen wie durch Unterlassungen verletzen kann, und erst mit der Verletzung entstehen hier Ansprüche auf echte Leistungen."

Es ergibt sich sonach folgender Schuldbegriff:

Schuld ist ein rechtlich erheblicher Zustand, für den Schuldner der Zustand des Sichverpflichtetfühlens, des Leistensollens, für den Gläubiger der Zustand des Bekommensollens.

2. Die Realisierung der Schuld.

§ 3.

Von dem Schuldbegriff ist die Erfüllung, Realisierung der Schuld scharf zu scheiden. Selbstverständlich leitet sie sich aus dem Leistensollen des Schuldners her ebenso wie aus dem Bekommensollen des Gläubigers. Weil der Schuldner weiß, daß er leisten soll, darum erfüllt er die Schuld. Das Leistensollen ist also der Grund, der Ursprung der schuld-

[1]) Ih. J., 49, S. 57.

nerischen Erfüllung. Ebenso nimmt der Gläubiger alle seine Rechte, um die Schuld zur Realisierung zu bringen, aus dem Bekommensollen. Die beiden Elemente des Schuldbegriffes sind also die Ausgangspunkte der Realisierung der Schuld. Die Realisierung gehört aber um deswillen nicht mit in den Schuldbegriff hinein, weil die Schuld ein Zustand ist, während die Erfüllung stets eine Tätigkeit einer Person voraussetzt. Durch die Erfüllung wird der rechtserhebliche Zustand in eine rechtlich relevante Tätigkeit umgesetzt. Siber[1]) ist daher nicht beizupflichten, wenn er die Erfüllung der Schuld mit in den Schuldbegriff hineinzieht und das Bekommensollen als Leistungserfolg ansieht, während dies Sollen doch nur Voraussetzung für diesen Erfolg ist. Er vereinigt Grund und Folge, er verquickt Ursache und Wirkung. Es muß daher stets die Erfüllung der Schuld losgelöst von dem abstrakten Schuldbegriff betrachtet werden.

Die Erfüllung, die Realisierung der Schuld ist das Ziel und der Zweck des schuldnerischen Leistensollens. Die Erfüllung ist die Leistung selbst und umfaßt zugleich ihre Wirkung, d. h. den durch die Leistung herbeigeführten Leistungserfolg; A. hat die 100 M. Darlehen zurückgezahlt, die mit der Leistung verknüpfte Wirkung, daß ich jetzt 100 M. in meinem Besitz habe, daß ich also nicht mehr bekommen soll, sondern bekommen habe, ist eingetreten.

Zur Realisierung der Schuld gehört aber nicht nur das Ziel selbst, sondern auch alle Handlungen, welche erforderlich sind, um dies Ziel zu erreichen, alle Mittel, welche mitwirken müssen, um die Realisierung der Schuld herbeizuführen.[2]) Der Maler B. muß sich z. B. zum Malen des Bildes die Farben und Pinsel kaufen usw.

[1]) a. a. O.

[2]) Da Siber nicht an dem Unterschied zwischen Schuld und Realisierung der Schuld festhält, kommt er S. 86 zu dem Ergebnis, daß alle das Bekommensollen fördernden Sanktionsmittel, mit andern Worten alle zur Realisierung der Schuld dienende Reaktion des Rechts zur Schuld gehört. Er setzt zwar hier Schuld in Gegensatz zur Haftung, er meint aber offenbar, diese Sanktionsmittel gehörten zum Schuldbegriffe.

Wenn nun weiter von verschiedenen Seiten behauptet wird, daß notwendig zum Begriff der Schuld die Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit gehören[1]), so werden auch hier wieder Elemente der Schuldrealisierung, Rechtsbegriffe, die zur Erfüllung gehören, mit in den Schuldbegriff hineingezogen.[2])

Isay[3]) hat daher vollkommen recht, wenn er meint, daß die Frage nach der Klagbarkeit mit dem Schuldbegriff nichts gemein hat; ebenso Puntschart[4]): „In der Schuld liegt nicht das Moment der Erzwingbarkeit."

Es ist nun eine doppelte Art der Erfüllung möglich: zunächst die freiwillige Erfüllung seitens des Schuldners, sei es auf Verlangen des Gläubigers oder ohne dieses, und dann die Zwangserfüllung mit staatlicher Hilfe. Die letztere wird fälschlich von manchen Schriftstellern[5]) in den Haftungsbegriff hineingezogen, worüber unten zu sprechen ist. — Wenn der Zeitpunkt der Fälligkeit eingetreten ist, so ist der Schuldner vermöge des Leistensollens verpflichtet, die Leistung zu bewirken, zu erfüllen. Tut er es, so tritt der Leistungserfolg ein. Es kann aber auch sein, daß er die Schuld nicht erfüllen kann oder will. Dann stehen dem Gläubiger vermöge seines Bekommensollens der Weg der Klage mit darauffolgender Zwangsvollstreckung offen, um

---

[1]) Siber, a. a. O., S. 172.

[2]) Auf dem oben angegebenen Standpunkt steht v. Schwind, S. 4: „Sprechen wir heute im rechtlichen Sinne davon, daß jemand etwas schuldet, so denken wir unwillkürlich daran, daß ihn auch eine rechtliche Macht zur Erfüllung seiner Schuld zwinge; die Fälle, in denen dies nicht zutrifft, sind in der Minderheit. Und doch nötigt auch für das moderne Recht das Vorhandensein solcher Ausnahmen, und wären sie auch noch so gering an Zahl, zu einem Eindringen in dies Problem von Schuld und Haftung)."

[3]) a. a. O.

[4]) Grundschuldbegriff, S. 15.

[5]) Siehe Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 13: „Die Forderung hingegen ist die persönliche Klage (er meint also die Klage auf Erfüllung), also ein Akt, dessen materiell-rechtliche Grundlage die persönliche Haftung, nicht die Schuld bildet."

die Schuld des Schuldners zwangsweise zu realisieren. Denn abgenötigte Erfüllung ist genau so Erfüllung als freiwillige.[1]) Dem Berechtigten wird dem Erfolge nach, was ihm gebührt, freilich nur auf anderem Wege, als er ursprünglich verlangen konnte.[2])

Es gibt nun aber einige Schulden, die sich nicht zwangsweise realisieren lassen. Sie werden fälschlich als „Naturalobligationen" bezeichnet. Man sollte sie lieber, da sie ganz gewöhnliche Schulden sind[3])[4]), „nicht realisierbare" Schulden nennen. Im modernen Recht ist man zwar an den Gedanken gewöhnt, daß eine Schuld ausgeklagt werden kann. Diese gewohnte Vorstellung sollte man aber nicht auf das Rechtsgebiet übertragen. An diesen nicht realisierbaren Schulden sieht man eben daß Schulden, ohne jemals erfüllt werden zu können, existieren, daß also für den Schuldbegriff die Realisierbarkeit einer Schuld nicht mit maßgebender Faktor sein kann. Solche nicht realisierbare Schulden sind Schulden aus Spiel und Wette (§ 762 BGB.). das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe (§ 656 BGB.). Es wird zwar vom Gesetz in diesen Fällen gesagt: eine Verbindlichkeit wird nicht begründet. Die Frage aber, was unter Verbindlichkeit im Sinne des BGB. zu verstehen ist, ob das BGB. die Realisierung der Schuld mit in diesen Be-

---

[1]) So auch Egger, S. 9. — Binding, Normen, redet S. 496 von „Erfüllungszwang". — Siber sagt S. 88: „Die erfolgreiche Zwangsvollstreckung verschafft heute dem Gläubiger genau dasselbe wie die freiwillige Erfüllung des Schuldners."

[2]) Binding, a. a. O., S. 494.

[3]) So auch Isay, S. 192.

[4]) Da in der Literatur meist Erfüllung und Schuldbegriff zusammengeworfen werden, so weiß man nicht recht, wie man die Naturalobligationen erklären soll. — Zustimmend Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 10: „Die rechtliche Leistungspflicht, der rechtliche Anspruch sind mit dem Zwange der Vollstreckbarkeit gegen die Person des Schuldners verknüpft. Darum die Verlegenheit angesichts des Phänomens der sogen. Naturalobligationen."

griff hineinzieht, ob vielleicht sogar der Haftungsbegriff hier mit eine Rolle spielt, ist von der Literatur noch nicht gelöst.[1]) Jedenfalls handelt es sich aber, da sie unter den einzelnen Schuldverhältnissen zu finden sind, um Schulden. Dies geht auch besonders daraus hervor, daß das Geleistete nicht zurückgefordert werden kann.

Ferner gehören als einredeweise nicht realisierbare Schulden — auch hier redet man von Naturalobligationen — die verjährten Forderungen hierher. Daß die verjährte Schuld eine Schuld ist, geht aus folgenden Rechtssätzen hervor:

1. Sie kann erfüllt werden,
2. die Wirksamkeit eines Anerkenntnisses und einer Sicherheitsleistung bleiben unberührt,
3. es kann aufgerechnet werden.

Die Schuld kann hier zwar, wenn der Schuldner sich nicht auf die peremtorische Einrede der Verjährung beruft, realisiert werden, aber wendet er die Einrede an, dann ist die Schuld nicht realisierbar.[2])

Schließlich sind noch die in ZPO. § 888, 2 erwähnten Leistungen zu nennen und die höchstpersönlichen Leistungen, die nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängen.[3]) Der Schuldner kann in diesen beiden Fällen schlechterdings nicht zu ihrer Vornahme angehalten werden, es sind also nicht realisierbare Schulden. Der freie Wille, obgleich im Unrecht, triumphiert über den Zwang, der seiner nicht mächtig geworden ist.[4])

[1]) Meiner Ansicht nach ist unter dem Begriff der Verbindlichkeit nicht der Schuldbegriff, sondern der Haftungsbegriff zu verstehen. Somit sollen die Worte: „Es wird eine Verbindlichkeit nicht begründet" heißen: Es ist wohl ein Schuldverhältnis vorhanden, aber eine Haftung wird nicht begründet, d. h. des Schuldners Gegenstände stehen nicht für die Erfüllung der Leistung ein.

[2]) Auch Riezler sagt bei v. Staudinger, ad § 194, Bem. 2, daß die verjährte Forderung keine klaglose Schuld sei, sondern der Schuldner könne nur persönlich nicht mehr gegen seinen Willen durch die Zwangsmittel des Staates in Anspruch genommen werden.

[3]) Beispiele hierzu siehe bei Binding, Normen, S. 495.

[4]) Binding, a. a. O.

II. Die Haftung.

1. Die Haftung selbst.

a) Entwicklung des Haftungsbegriffs.

α) Zwischen Schuld und Haftung besteht ein Unterschied.

§ 4.

Von manchen Schriftstellern wird geleugnet, daß zwischen Schuld und Haftung jemals ein Unterschied bestanden habe und auch für das moderne Recht bestehe.[1]) Sie meinen, wenn jemand eine Schuld habe, dann müsse er auch dafür haften, und sie halten es für juristische Begriffsspielerei, wenn von den Germanisten ein Unterschied zwischen Schuld und Haftung gemacht wird. Es wird sich im folgenden zeigen, daß zwischen Schuld und Haftung schon in fast allen altdeutschen Quellen nicht nur sprachlich ein Unterschied gemacht wird, sondern daß zwischen beiden geradezu ein begrifflicher Gegensatz besteht; und weiter wird es sich herausstellen, daß dies auch im modernen Recht der Fall ist und ohne den Haftungsbegriff und namentlich ohne die Konsequenzen, die sich daraus ziehen lassen, in der modernen juristischen Wissenschaft und Praxis nicht mehr auszukommen ist. — Für diese Ansicht haben sich, wie schon eingangs erwähnt, nur wenige Schriftsteller bis jetzt ausgesprochen. Es sind dies v. Amira[2]), Brinz[3]), Pappenheim[4]), Riezler[5]), v. Schwind[6]). Diese erwähnen den

[1]) So Dernburg, II, 1, S. 2 ff., Kohler, Archiv für ziv. Pr., Bd. 91, S. 172 ff., Predari, Zeitschr. für ges. Handelsrecht, Bd. 51, S. 619: „Eine Scheidung sei dem heutigen Recht unbekannt."

[2]) Nordgermanisches Obl.-R., I, S. 36, 40, 43.

[3]) Pandekten, § 207, § 210.

[4]) In seiner Besprechung von Puntschart in der Ztschr. für Handelsrecht, Bd. 47, S. 142 ff. Wichtig für den inhaltlichen Unterschied zwischen Schuld und Haftung sind ferner Pappenheims Ausführungen in seinem Seerecht, S. 308 ff., namentlich das Beispiel auf S. 310.

[5]) Bei v. Staudinger, Bem. 2 zu § 194, Bem. 2 und 6 zu § 222.

[6]) Wesen und Inhalt des Pfandrechts, Einleitung.

Unterschied zwischen Schuld und Haftung aber nur beiläufig. Eingehender behandeln den Unterschied Isay[1]) und Siber[2]). Auch Bruck[3]) erkennt die Trennung von Schuld und Haftung als namentlich für die Erkenntnis des modernen Pfandrechtes von eminenter Bedeutung an. Er fügt hinzu, daß sich die juristischen Probleme, die auf dem Gebiete des Realkredits auftauchen, zwanglos lösen lassen, wenn man sie vom Standpunkte des alten deutschen Rechtes aus betrachtet.

Angenommen, die Schuld wäre gleich der Haftung und in der Schuld die Haftung verkörpert, dann müßte die Haftung notwendigerweise, da sie nichts anderes als Schuld ist, sich aus den beiden Schuldelementen, dem Leistensollen und Bekommensollen zusammensetzen. Nimmt man nun an: A. hat für die Schuld seines Freundes B. dem C. seine goldene Uhr zum Pfande gesetzt. Wer ist hier Schuldner? Gewiß doch nur B., A. nicht. Denn A. soll nicht etwa die Schuld des B. an C. leisten. C. kann sich nur an der Uhr befriedigen, wenn der Augenblick der Pfandreife eingetreten ist; C. hat es also gar nicht mit der Person des A., sondern nur mit der Sache, der Uhr, zu tun. Diese kann er angreifen. Also schuldet die Sache? Da auch diese, wie allgemein anerkannt ist, nicht schulden kann, sondern nur eine Person, so muß sich doch wohl die Sache in einem anderen rechtlich erheblichen Zustand als im Zustand der Schuld befinden. Und dies ist der Zustand der Haftung. Hieraus ist ersichtlich, daß sehr wohl ein Unterschied zwischen Schuld und Haftung auch für das moderne Recht existiert.

β) Inhalt der Haftung.

§ 5.

Um nun weiter beweisen zu können, daß zwischen Schuld und Haftung nicht nur ein Unterschied, sondern so-

[1]) a. a. O.
[2]) a. a. O.
[3]) Eigentümerhypothek, S. 143.

gar ein Gegensatz besteht, muß auf den Inhalt der Haftung zunächst näher eingegangen werden.

Wenn A. dem C. die Uhr zum Pfande gesetzt hat, dann hat er das bezwecken wollen, daß C. sich im Falle der Nichtbefriedigung durch B., im Falle Nicht- oder nicht rechtzeitiger Erfüllung an der Uhr befriedigen, d. h. sie pfänden und versteigern lassen kann. Die Uhr haftet also für die Erfüllung der Schuld des B., die Uhr ist in das Schuldverhältnis zwischen C. und B. in der Weise verstrickt, daß sie für die Erfüllung der schuldnerischen Leistung einstehen soll. Einstehensollen ist also auf seiten des Hafters der Inhalt der Haftung. Einstehen kann man, wie Westerkamp[1]) bemerkt, nur für etwas, dessen Eintreten aus einem anderen Grunde — hier auf Grund des Schuldverhältnisses zwischen B. und C. — erhofft und erwartet wird. Einstehen heißt also zunächst abwarten wollen. Es soll abgewartet werden, ob das aus dem anderen Grunde Erwartete hier Erfüllung der Schuld — nicht ohne Zutun des Einstehenden eintritt. Tritt dann das Erhoffte ohne des Hafters Mithilfe nicht ein, dann kann der Gläubiger C. zur Realisierung des Einstehensollens schreiten. Durch etwaige Befriedigung des C. an der Uhr geht aber nicht etwa die Schuld des B. unter, sondern sie geht kraft Gesetzes (§ 1225 BGB.) auf den A. über. Die Haftung bezweckt also nicht Erfüllung der Schuld, wie hieraus zu entnehmen ist, nein sie bezweckt Sicherung. Wenn der Gläubiger C. sich nicht mehr an den Schuldner B. halten kann, dann greift er zu der ihm gesetzten Sicherung, an ihr sucht er sich schadlos zu halten, an ihr sucht er Genugtuung. Die Haftung ist also ein rechtlich erheblicher Zustand des Verstricktseins in ein Schuldverhältnis in der Weise, daß der verhaftete Gegenstand den Gläubiger für die Nichterfüllung seitens des Schuldners schadlos halten soll. Ebenso sagt v. Amira[2]): „Die Obligation[3]) ist der

[1]) a. a. O., S. 39.

[2]) Westnordisches Obligationsrecht, S. 45.

[3]) Den Ausdruck *obligatio* für Haftung hat es auch im altdeutschen Recht gegeben. Von Delbrück, Siegel, v. Savigny wird allerdings

Zustand des Einstehens oder des Einsatzes für den Fall, daß eine Schuld nicht erfüllt wird und ein Erfüllungssurrogat fehlt.“ Ersatz soll also durch die Haftung dem Gläubiger geleistet werden. Nicht durchsetzen soll die Haftung die Schuld, noch die Erfüllung der Schuld, sondern sie soll die Schuld ersetzen. Es kann sonach von einem Leistensollen, das doch die Erfüllung, den Leistungserfolg zum Ziele hat, nicht die Rede sein. Die Haftung ist demnach ein Einstehensollen, der rechtlich erhebliche Zustand der Gebundenheit eines Gegenstandes, für den Gläubiger auch hier der Zustand des Bekommensollens. Denn daß C. die verhaftete Uhr bekommen soll, wenn B. nicht erfüllt, ist wohl ohne weiteres einleuchtend.

Regelmäßig ist jeder Schuldner zugleich Hafter; zugleich mit der Begründung des Schuldverhältnisses entsteht hier das Haftungsverhältnis; für die Nichterfüllung der Schuld soll auch der Schuldner von seiner Seite einstehen, Ersatz leisten. Nur ist uns dieser Gedanke im modernen Recht so vertraut, daß dadurch die Anschauung erweckt wird, es existiere hier wenigstens kein Unterschied zwischen Schuld und Haftung. Doch auch hier besteht sogar zwischen den beiden Begriffen ein Gegensatz, wie aus § 6 zu entnehmen ist. Im deutschen Recht herrschte gerade die gegenteilige Anschauung wie im modernen Recht. Nach ihm bedurfte es einer besonderen Begründung eines Haftungsverhältnisses durch Vertrag, und stets stand auch das so begründete Haftungsverhältnis der Schuld rechtlich völlig selbständig gegenüber. Nur der wirtschaftliche Zweck war die alleinige Beziehung zwischen beiden: Die Haftung war um der Schuld willen übernommen und sicherte den Gläubiger gegen die

behauptet, das deutsche Recht habe den Begriff der *obligatio* überhaupt nicht gekannt. Dies wird aber von den Germanisten bestritten, und das Wort *obligatio* im Sinne von „Haftung“ wird von Heusler (Institutionen, I, S. 374 ff., II, S. 225 ff.), von Puntschart, S. 111, hier v. Amira, endlich sogar von Brinz, der Begriff der *obligatio* in Grünhuts Ztschr., I, 1874, gebraucht.

Nachteile einer etwaigen Nichterfüllung der Schuld seitens des Schuldners.[1])

Im BGB. verbindet sich nun mit dem Wort „haften" kein fester Begriff — denn zur Zeit der Schaffung des BGB. war wohl die bedeutsame Entdeckung des begrifflichen Unterschiedes zwischen Haftung und Schuld noch nicht bekannt geworden —, wohl aber kann man den Sinn, in welchem das BGB. vom Haften spricht[2]), stets dahin auslegen, daß unter Haften der oben entwickelte Begriff zu verstehen ist.

γ) Fortsetzung. Schuld und Haftung sind Gegensätze.

§ 6.

Die Haftung wird in der Regel um einer Schuld willen, i. im Hinblick auf eine Schuld eingegangen. Denn logischerweise muß doch ein Wofür der Haftung vorhanden sein. Wenn jedoch Puntschart[4]) sagt, die Haftung setze als Sicherung der Schuld die Schuld mindestens begrifflich notwendig voraus, so ist dies m. E. aus folgenden Gründen nicht anzuerkennen.

Es gibt Fälle im modernen Recht, in welchen bei Begründung eines Haftungsverhältnisses weder eine Schuld vorhanden zu sein, noch eine solche jemals zu entstehen braucht. Der erste Fall, daß mit der Haftung nicht gleichzeitig eine Schuld existiert, ist die Haftung für eine zukünftige Schuld, welche sehr wohl nicht nur theoretisch denkbar ist, sondern auch praktisch vorkommt. Z. B.: A. verpfändet sein Grundstück für die gesamte Schuld des B.,

[1]) So Isay, S. 188.

[2]) Z. B. gebraucht § 277 BGB. das Haften direkt im Sinne des Einstehens, erwähnt ist der Ausdruck ferner z. B. in §§ 1118, 1210, 1975.

[3]) Ebenso Stobbe, § 209, S. 104: „Haftung ist die rechtliche Belangbarkeit wegen einer bestimmten Schuld."

[4]) Schuldvertrag und Treugelöbnis, S. 114. — Auch sagt er Grundschuldbegriff, S. 13: „In der Vorstellung der existierenden oder doch möglichen Schuld liegt die Ursache, warum der Gesetzgeber haften läßt. Die vorgestellte Schuld ist entferntere Ursache der Obligierung."

die aus dem Kreditverhältnis mit C. erwachsen wird. Oder: A. übernimmt die Haftung für in Zukunft mögliche eigene Schuld, indem er dem C. das Versprechen gibt, für einen infolge einer Handlung seinerseits möglicherweise eintretenden Schaden einstehen zu wollen. Hier ist zwar um einer Schuld willen die Haftung übernommen, aber die Schuld ist noch nicht entstanden, es besteht nur ein Wartrecht für den C. auf die Schuld, eine Vorwirkung der Schuld Diese Ausnahme zeigt, daß eine Haftung ohne Schuld existieren kann, daß also nicht nur ein Unterschied zwischen Schuld und Haftung besteht.

Der zweite Fall zeigt die Richtigkeit des Satzes, daß Schuld und Haftung Gegensätze sind, noch deutlicher. Man denke sich, jemand bestellt eine Eigentümergrundschuld an seinem Grundstücke. Ist in diesem Falle von einer Schuld die Rede, kann bei Bestellung einer Eigentümergrundschuld überhaupt von einer Schuld die Rede sein? Nein, hier wird nur ein Haftungsverhältnis begründet, ein Einstehen des Grundstücks für den Fall, daß seitens eines zweiten Gläubigers Befriedigung aus dem Grundstück verlangt wird. Ein weiteres gutes Beispiel bietet das von Pappenheim in seinem Seerecht[1] ausführlich behandelte Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiffe[2]), der Eigentümergrundschuld nahe verwandt. Auch er steht auf dem Standpunkte[3]), daß zwar das Schiffsgläubigerrecht im allgemeinen Einstehen eines Schiffes für den Fall der Nichterfüllung einer Schuld ist, daß aber das Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiffe Einständerschaft für den Fall ist, daß seitens eines anderen Gläubigers Befriedigung aus dem Schiffe gesucht wird. — Ein weiterer Beleg also dafür, daß wirksam eine Haftung ohne jemals existierende Schuld begründet werden kann. — Ferner ist als Haftungsverhältnis ohne Schuld in der Person des Hafters, wie sich später zeigen wird, die Bürg-

[1]) Pappenheim, Handbuch des Seerechts, S. 313 ff. (§ 26).

[2]) Unter Schiffsgläubigerrecht ist das Recht des Zugriffs auf das Schiff zu verstehen.

[3]) S. 319.

schaft zu sehen und die Fälle der reinen Sachhaftung[1]). Denn eine Sache kann niemals schulden, sondern nur haften. Es sind dies die Fälle der §§ 1142, 1191, 1225, das Institut der Bodmerei (§ 679 HGB.) und die sonstigen Fälle des Seerechts, in denen lediglich Schiff, Fracht und Ladung für die Verbindlichkeit des Rheders haften (§§ 486, 553, 662, 731, 752 HGB.). Die Fälle der §§ 1142, 1225 beweisen, daß eine Haftung zwar mit vorhandener Schuld, aber nicht mit Schuld in der Person des Hafters vorhanden ist, daß hier die Schuld beim Schuldner, die Haftung beim Verpfänder zu suchen ist, daß also Schuld und Haftung Gegensätze sind.

Auch der umgekehrte Fall ist denkbar, daß eine Schuld ohne Haftung existiert. Die Haftung setzt zwar nicht notwendig eine Schuld voraus, wie eben dargetan ist. Ist aber eine Schuld vorhanden, so muß es eine realisierbare Schuld sein. Denn wenn sogar das Leistensollen des Schuldners nicht realisierbar werden kann, wenn er noch nicht einmal zur Erfüllung gezwungen werden kann, sonach auch seine Haftung, da er dann naturgemäß auch nicht Ersatz zu leisten braucht, erlischt, so kann demgemäß von der Haftung eines Fremden für die nicht realisierbare Schuld nicht die Rede sein. Die Hauptfälle sind die Schulden aus Spiel und Wette (§ 762 BGB.), die Schuld aus dem Ehemäklervertrag (§ 656 BGB.) und die verjährte Schuld. Wie schon früher festgestellt, existiert hier wohl eine Schuld, aber sie kann nicht realisiert werden. Deshalb kann auch für sie eine wirksame Haftung nicht bestehen. Für Spiel und Wette und Ehemäklervertrag (§ 656) ist es ausdrücklich im Gesetz bestimmt. Für die verjährte Schuld geht es aus dem oben Gesagten hervor. Eine Haftung für eine verjährte Forderung ist daher undenkbar. Die Verjährung endet die Haf-

[1]) Über den Begriff der Sachhaftung sagt Predari, Ztschr. für Handelsrecht, 51, S. 620:

„Sachhaftung ist die Unterwerfung einer Sache unter den menschlichen Willen dergestalt, daß ihrem Werte eine bestimmte Summe entnommen werden kann."

tung, sie ist ein Erlöschungsgrund der Haftung. Sonach sieht man, daß eine Schuld ohne Haftung existieren kann, daß also nicht nur ein Unterschied zwischen Schuld und Haftung, sondern sogar ein Gegensatz existiert.

Somit gibt es sowohl Schulden ohne Haftung als auch Haftung ohne Schuld oder wie Puntschart[1]) sagt: Wer haftet braucht nicht zu schulden und wer schuldet braucht nicht auch zu haften.[2])

b) Subjekt der Haftung.

§ 7.

Es ist nun die Frage aufzuwerfen: wer haftet denn eigentlich für die Schuld? Man erhält meist die Antwort: entweder eine Person oder eine Sache; und es wird dann von einer persönlichen und einer Sachhaftung gesprochen. Kann aber nach jetzigem Recht wirklich eine Person haften, kann man gegen die Person des Hafters die Haftung realisieren?

Im alten deutschen Recht kannte man eine Personalhaftung. Die Funktion der obligierten Person war nach Puntschart[3]) auch damals schon dieselbe wie die der obligierten Sache: als Ersatzobjekt zu dienen, wenn der Schuldner nicht oder nicht entsprechend erfüllte.[4])

Ursprünglich haftete nun die haftende Person mit ihrer Arbeitskraft, sie mußte die Schuld abverdienen, die persön-

[1]) Grundschuldbegriff, S. 13. Siehe auch v. Staudinger, II, 2, S. 2: „Haftung und Schuld sind zunächst völlig unabhängig voneinander."

[2]) Im altschwedischen Recht waren die Gegensätze zwischen Schuld und Haftung so stark ausgeprägt, daß die Realisierung der Haftung gar nicht und später noch insgemein nicht geeignet war, die Schuld zu erfüllen (s. v. Amira, I, S. 40).

[3]) Schuldvertrag, S. 122.

[4]) Daß die Quellen in der Tat die Person neben die Sache stellen, wenn es sich um die Bestimmung handelt, schadlos zu halten, dafür zeugen folgende Belege: Mecklenb. Urkb. n. 6662, n. 6732, n. 6913, n. 8403 (s. Puntschart, a. a. O.).

liche Haftung war also leibliche Verstrickung, Geiselschaft. Mehr und mehr wurde aber vom Gläubiger zunächst nur der Zugriff in das Vermögen durch Pfändung gewährt, so daß der Haftende erst, wenn er weder „Pfand noch Pfennig" hat, mit seiner Person einzustehen hat. Später trat an die Stelle der Haftung mit Arbeitskraft die Schuldhaft, und zwar zunächst die vertragsmäßige, das sogen. „Einlager"[1]), dann die gesetzliche Schuldhaft. Durch Reichsgesetz vom 29. Mai 1868 ist der letzte Rest der Personalhaftung, der persönliche Wechselarrest, aufgehoben worden, nachdem schon die letzten Jahrhunderte hindurch die Personalhaftung allmählich ihre Wirksamkeit verloren hatte.

Nimmt man nun für das moderne Recht als Beispiel einen Schuldner, der doch gewöhnlich auch Hafter ist. Er hat durch sein Verschulden nicht erfüllt, der Gläubiger verlangt von ihm Ersatz, weil er nicht erfüllt hat. Es ist doch wohl ausgeschlossen, daß gegen die Person des Schuldners irgendwie seitens des Gläubigers vorgegangen werden kann. Er wird weder in den Schuldturm geworfen noch sonst in Haft genommen, weil er nicht erfüllt hat. Der Gläubiger kann weiter nichts tun, als klageweise gegen den Schuldner vorgehen und in das Vermögen des Schuldners die Zwangsvollstreckung betreiben. Also ist das Vermögen das Subjekt der Haftung? Das ist schon richtig, nur der Ausdruck Vermögen ist unzutreffend. Das Vermögen ist eine Summe von Rechten und Verbindlichkeiten, es setzt sich aus Aktivis und Passivis zusammen. In die Passiva kann der Gläubiger selbstverständlich nicht vollstrecken, sondern nur in die Aktiva. Die Aktiva können nun aus Sachen oder Rechten

[1]) Die Leistung des Einlagers (*obstagium*) ging in der Weise vor sich, daß der Schuldner sich freiwillig einer Beschränkung der persönlichen Freiheit unterzog, indem er mit Begleitung in eine Herberge eintritt, um dort so lange zu verbleiben, bis die Schuld bezahlt war oder der Gläubiger ihn seines Versprechens löste. — Es waren meist vornehme, mächtige Herren, welche sich dieser Freiheitsbeschränkung unterwarfen. Näheres s. bei Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 185 ff., R. Loening, Vertragsbruch, § 36, Sickel, Vertragsbruch, S. 92, Max Rintelen, Schuldhaft und Einlager, 1908.

bestehen. Diese beiden Rechtsbegriffe faßt man unter dem Ausdruck „Gegenstand“ zusammen. Es gibt also nicht eine Personalhaftung im modernen Recht, sondern eine gegenständliche Haftung.[1]) Dies ist auch schon im französischen Recht anerkannt. Im code civil art. 2093 heißt es: les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers.

Für die gegenteilige Meinung, daß es auch im modernen Recht noch eine persönliche Haftung gibt, spricht sich unter anderen besonders Puntschart aus.[2]) Er sagt: „Die persönliche Haftung ist keine Haftung des Vermögens der Person, keine Generalhypothek, sondern eine Haftung der Person selbst als Träger ihrer wirtschaftlichen Kraft.“ Das bedeutet also als Träger seiner Aktiva. Warum will Puntschart aber den Träger der wirtschaftlichen Kraft und nicht die wirtschaftliche Kraft selbst, nämlich die Gegenstände der betr. Person haften lassen? Auch ist es nicht angängig, wie dies Brinz gleichfalls tut[3]), von einer

[1]) Auf demselben Standpunkt steht Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, S. 7: „Eine persönliche Haftung kennt unser Recht nicht mehr.“ Warum man trotzdem im modernen Recht fälschlich noch von persönlicher Haftung spricht, diese Erscheinung erklärt er folgendermaßen: „Indem man das Gesamtvermögen einer Person mit dieser selbst identifizierte, ward das Haften mit dem Gesamtvermögen als persönliche Haftung bezeichnet, während die auf gewisse Vermögensteile beschränkte Haftpflicht als nicht persönliche den Gegensatz hierzu darstellte.“

[2]) Grundschuldbegriff, S. 13.

[3]) Brinz, § 207: Das Vermögen haftet unmöglich, sonst wäre jede persönliche Obligation Generalhypothek und müßte zum Behufe der Satisfaktion nicht erst gepfändet werden. — Dagegen wendet sich schon Rümelin, Arch. f. ziv. Pr., Bd. 68, S. 151: „Wenn Brinz sagt, daß die Person haftet, so sind das überflüssige Umschreibungen des Satzes, daß das Vermögen haftet.“ Nach Rümelin fehlt bei der Haftung des Obligierten das Vorzugsrecht des Gläubigers vor Dritten auf dem beim Pfandrecht der Nachdruck liegt. — Predari, Ztschr. für Handelsrecht, Bd. 51, S. 620, erkennt um deswillen keine Generalhypothek an, weil nur das jeweilige Vermögen der Zwangsvollstreckung unterliegt.

Generalhypothek zu sprechen, wenn die Gegenstände einer Person für eine Schuld haften. Denn sowohl das Spezialitätsprinzip als auch das Publizitätsprinzip des modernen Pfandrechts, wonach ein *constitutum possessorium* laut §§ 1205 und 1253, 2 BGB. ausgeschlossen ist, sprechen gegen den Begriff der Generalhypothek bei der gegenständlichen Haftung.

Und es gibt keine einzige Ausnahme von der gegenständlichen Haftung im modernen Recht. Wenn Isay[1]) sagt: „In den Fällen, in denen Schuld- und Haftungsverhältnis dasselbe Subjekt haben und in denen ferner der Inhalt des Schuldverhältnisses eine Individualleistung oder ein Dulden oder ein Unterlassen ist, ist heute Inhalt der Haftung in erster Linie Zwang gegen die Person, die Drohung mit Geldstrafe und Zwangshaft, und erst wenn der Gläubiger von ihm absieht oder der Zwang nicht zum Ziele führt, kommt der ursprüngliche Haftungsinhalt zur Geltung", so meint er, es gäbe in diesem besonderen Falle eine Personalhaftung. Daß diese Ansicht unzutreffend ist, geht zunächst daraus hervor, daß der Schuldner deswegen nicht in Haft genommen wird, weil er nicht erfüllt hat, nicht um Ersatz wegen Nichterfüllung zu erzwingen, d. h. die Haftung des Schuldners zu realisieren, sondern die Haft hat lediglich den Zweck, den Schuldner zur Erfüllung seiner Leistung anzuhalten, sie tritt also ein, damit er erfüllt. Es handelt sich demnach in diesem Falle um Realisierung der Schuld und nicht um die Haftung des Schuldners. Die Haftung kommt vielmehr erst — ein zweiter Beleg für diese Ansicht — nach vergeblich vollstreckter Haft in Betracht. Da jetzt die Realisierung der Schuld unmöglich ist, kann der Gläubiger nun noch die Haftung angreifen und gemäß § 893 PZO. Ersatz verlangen, sich also schadlos halten. Das ist Haftung. Und ist dies Personalhaftung? Nein, das ist ganz gewöhnliche gegenständliche Haftung.

Da also die Haftung des Einstehenden stets gegenständ-

[1]) S. 201.

liche Haftung ist, so haben seine Gegenstände für den vermögenswerten Ersatz des Schadens, den der Gläubiger erleidet, aufzukommen. Die Haftung bezweckt also nicht Naturalrestitution schlechthin, sondern nur Ersatz aus den Gegenständen, die der Einstehende besitzt, d. h. also in der Regel nur Geldersatz. § 249 BGB. findet daher keine Anwendung.[1])

Die gegenständliche Haftung kann nun einerseits eine unbeschränkte gegenständliche und andererseits eine beschränkt gegenständliche Haftung sein. Eine unbeschränkte ist sie dann, wenn sämtliche jeweiligen Gegenstände des Hafters für eine Schuld einstehen. Die beschränkte gegenständliche Haftung kann nun in der Weise eingeschränkt sein, daß nur ein gewisser Komplex von Gegenständen (sogen. Sondervermögen), z. B. die Erbschaftsgegenstände, die eheliche Gütermasse, das Gesellschaftsvermögen, die Geschäftseinlage des Kommanditisten, die Konkursmasse in die Haftung verstrickt ist, oder in der Weise, daß alle Rechte und alle Sachen außer einer aus der Haftung ausscheiden und nur eine ganz bestimmte Sache für eine Schuld einstehen soll, die sogen. Sachhaftung. Man unterscheidet gewöhnliche Sachhaftung, wenn der Schuldner außer mit seinen sonstigen Gegenständen noch besonders mit einer Sache haftet (bei Hypothek und Pfandrecht), und die reine Sachhaftung, wenn der Schuldner nur gegenständlich beschränkt, d. h. mit der einen Sache haftet, oder wenn eine Person für eine fremde Schuld eine Sache in die Haftung verstrickt. Es sind dies die Fälle der Bodmerei, Haverei, Grundschuld, Rentenschuld, § 1143, 1225 BGB., und die sonstigen Fälle des Seerechts, in denen lediglich Schiff, Fracht und Ladung für die Verbindlichkeit des Rheders haften.[2]) Die Sachhaftung ergreift das Pfandobjekt in seiner

[1]) Ebenso Isay, S. 199: Diese Verschiedenheit zwischen Erfüllung der Schuld und Haftung zeigt sich besonders bei Individualleistungen, bei denen der Hafter gemäß dem oben gesagten und als Konsequenz des Haftungsbegriffes folgend nur Geldersatz zu leisten hat.

[2]) Siehe S. 24.

Totalität[1]), es erschöpft sich aber zugleich in den Vorteilen, welche dieses Haftungssubjekt gewähren kann im Gegensatz zu der früher existierenden persönlichen Haftung, wo die Person mit ihrem Fleisch und Blut für die Erfüllung der Schuld einzustehen hatte.

c) Umfang der Haftung.

§ 8.

Da das Haftungsverhältnis in der Regel das Bestehen einer Schuld voraussetzt und um einer Schuld willen, also auch nur bis zur Höhe dieser Schuld das Haftungsverhältnis eingegangen wird, so kann der Umfang der Haftung niemals weiter sein als der Umfang der Schuld. Wenn also A. z. B. gegenständliche unbeschränkte Haftung für eine bestimmte Schuld übernommen hat, so haften seine Gegenstände für die ganze Schuld. Ich möchte diese Art der Haftung mit Gesamthaftung bezeichnen. Hier ist also der Umfang der Haftung genau derselbe wie der Umfang der Schuld. Dies braucht aber nicht immer der Fall zu sein. Der Haftungsumfang darf zwar niemals weiter sein, das schließt aber nicht aus, daß er geringer sein kann. Es kann z. B. vorkommen, daß A., zwar auch vielleicht wieder gegenständlich unbeschränkt, doch nur auf einen bestimmten Teil einer Schuld, auf einen bestimmten Betrag haftet. Es ist dies die Teilhaftung oder gegenständliche Summenhaftung. Von Siber[2]) wird sie als „rechnerisch beschränkte persönliche Haftung" bezeichnet, da bei ihr der Zugriff des Gläubigers in das ganze Schuldnervermögen, aber nur bis zu einem Höchstbetrage offensteht.[3]) Ein gutes Beispiel für die gegenständliche Summenhaftung bietet der § 2060 BGB. Hier haften die Erben zwar mit

[1]) Siehe v. Schwind, a. a. O., S. 1.

[2]) Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 183.

[3]) Ehrenberg nennt diese Art der Haftung S. 11 eine beschränkt persönliche, weil sie eine Haftung mit dem gesamten Vermögen, aber bei begrenzter Höhe der Forderung ist.

ihren sämtlichen Gegenständen, aber nur für einen ihrem Erbteil entsprechenden Teil der Nachlaßverbindlichkeit. Hier sieht man klar, daß die ganze Schuld von den Erben nicht gezahlt wird, sondern sie können ihre Haftung auf eine ganz bestimmte Summe begrenzen. Ebenso kann man von Summenhaftung sprechen, wenn der Betrag der verbliebenen Bereicherung gefordert wird.[1])

Schließlich ist noch eine weitere Möglichkeit eines geringeren Haftungsumfanges gegeben, nämlich in Beziehung auf die Zeit der Haftung. Ein gutes Beispiel für die zeitlich beschränkte Haftung bietet § 777 BGB.: die zeitlich beschränkte Bürgschaft.

Zusammenfassend ist also die Haftung der rechtlich erhebliche Zustand eines Gegenstandes, den Gläubiger für eine ganz bestimmte Schuld oder einen Teil derselben oder wenigstens im Hinblick auf eine Schuld[2]) wegen Nichterfüllung der Schuld seitens des Schuldners schadlos zu halten.

2. Die Realisierung der Haftung.

§ 9.

Wie die Schuld, so ist auch die Haftung ein rechtlich erheblicher Zustand, für den betreffenden Gegenstand der Zustand des Einstehensollens, für den Gläubiger des Bekommensollens. Durch die Realisierung der Haftung wird gleichfalls, wie bei der Schuld (s. § 3), der Zustand in eine Tätigkeit umgewandelt. Die Angreifbarkeit der haftenden Gegenstände verwandelt sich in ein Angreifen der Gegenstände, wozu der Gläubiger vermöge seines Bekommensollens befugt ist.

[1]) Beispiele: BGB. § 323, 3; 327, S. 2; 527, 1.

[2]) Eine Ausnahme bilden nur die S. 23 erwähnte Eigentümergrundschuld und das Schiffsgläubigerrecht, die ein Einstehen des betr. Gegenstandes für den Fall des Zugriffs eines anderen Gläubigers bedeuten.

Darum ist die Ansicht, es existiere eine bedingte Haftung[1]), sie trete nur für den Fall ein, daß der Schuldner nicht erfüllt, unzutreffend. Dies würde von der rechtlichen Natur der Haftung in der Beziehung abweichen, als die Haftung als bedingte Tätigkeit, d. h. als bedingtes Einstehen oder besser als bedingtes Angreifen des Gegenstandes seitens des Gläubigers aufgefaßt und der Haftungsbegriff als Einstehensollen, als Zustandsbegriff verkannt wird. Eine bedingte Haftung gibt es somit nicht. Wenn jemandes Gegenstände auch erst für eine künftige Schuld haften, wenn also die Schuld bedingt ist, so ist trotzdem die Haftung unbedingt, da die betreffenden Gegenstände oder auch Sachen sich schon vom Augenblick des Abschlusses des Haftungsverhältnisses ab im Zustand der Gebundenheit befinden. Die Haftung, der rechtlich erhebliche Zustand des Einstehensollens ist also von Anfang an da, nur die Realisierbarkeit tritt erst ein für den Fall, daß der Schuldner nicht erfüllt.

Die Realisierung der Haftung besteht entweder in freiwilliger Herausgabe des haftenden Gegenstandes seitens dessen, der ihn besitzt, oder in zwangsweiser Realisierung: Der Gläubiger sucht sich vermittelst staatlicher Hilfe im Wege der Klage und Vollstreckung in den Besitz des haftenden Gegenstandes zu setzen.

Es bleibt noch zu erörtern, wann der Zeitpunkt der Realisierung oder besser die Realisierbarkeit der Haftung gegeben ist.

Man geht am besten auch hier von der Person des Schuldners aus, der zugleich Hafter ist, um die Haftung in die richtige Verbindung mit der Schuld zu bringen.

Wenn A. 100 M. Darlehen dem C. schuldet, also eine vertretbare Leistung, so entsteht mit dem Augenblick des

[1]) So Stobbe, Vertragsrecht, S. 104. „Die Haftung kann zwar übernommen werden, ehe die Schuld vorliegt, aber doch nur bedingt für den Fall der Entstehung einer Schuld, das Bestehen einer Schuld ist *conditio juris* für die Wirksamkeit einer Haftung." Nein, nicht für die Wirksamkeit, sondern für die Verwirklichung der Haftung.

Abschlusses des Darlehnsvertrages sowohl die Schuld als auch die Haftung: A. soll die 100 M. an C. leisten, seine Gegenstände sollen ferner dafür einstehen, daß er die Schuld erfüllt. Solange die Leistung noch nicht fällig ist, kann C. gegen A. nicht vorgehen. Nach Fälligkeit mahnt er ihn, d. h. er versucht die Schuld zu realisieren, den Schuldner zur freiwilligen Erfüllung zu bewegen. Klagt er dann, weil A. trotzdem nicht erfüllt, und verlangt seine 100 M. wieder, dann realisiert er zwangsweise die Schuld. Tut er dies aber nicht, sondern verlangt er, weil A. gemäß § 284 BGB. in Verzug gekommen ist, auf Grund von § 287 Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also Schadloshaltung, so greift er jetzt die haftenden Gegenstände an. Die Schuld kann er nun nicht mehr realisieren. Sie ist ihm nicht erfüllt. Er hält sich jetzt schadlos, indem er die Haftung zu realisieren versucht. Die Realisierbarkeit der Haftung tritt demnach bei vertretbaren Leistungen mit dem Augenblick des Verzuges ein.

Weil nun bei Geldleistungen meist der Betrag des Interesses mit dem Betrag der Leistung zusammenfällt, da die zur Erfüllung notwendige Geldsumme das Minimum des Erfüllungsinteresses ist, drum ist man fälschlich auf den Gedanken gekommen, auch als Resultat der Haftungsrealisierung Erfüllung der Schuld anzunehmen.[1])

Nach dem eben Ausgeführten ist dies aber vollständig ausgeschlossen. Die Haftung wird zwar beendet, wenn die

[1]) So z. B. Siber, Rechtszwang, S. 181: „Die Haftung hat denselben Doppelsinn wie *praestare*, da es auch einfach als Leistenmüssen gebraucht wird. Wenn z. B. § 1973 sagt: daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, so ist damit nicht nur Ersatzleisten für Vereitelung, sondern auch an Erfüllung gedacht.“ Da der Erbe durch den Erbfall Schuldner an Stelle des Erblassers geworden ist, so soll er demgemäß leisten. Tut er es, dann realisiert er die Schuld, aber nicht etwa die Haftung; erst wenn er nicht erfüllt, tritt die Realisierbarkeit der Haftung ein.

Schuld erfüllt ist; das kommt aber nicht daher, daß der Haftungszweck erfüllt, sondern daß er weggefallen ist.[1])[2])

Anders, wenn es sich um Individualleistungen handelt. A. soll dem C. ein Bild malen. Weil A. nicht freiwillig erfüllt, sucht C. zwangsweise die Schuld zu realisieren: er kann gemäß § 888 ZPO. hierzu weiter nichts tun, als den Schuldner durch Haft zur Erfüllung zwingen. Leistet dieser trotzdem nicht, ist also die Realisierung der Schuld, die Leistung vollständig unmöglich, dann kann er gemäß § 893 ZPO. noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, d. h. er kann die Haftung realisieren. Die Haftung geht wie bei den vertretbaren Leistungen natürlich auch hier auf Schadloshaltung. Daraus geht mit Deutlichkeit hervor, daß, falls es sich um unbeschränkte Haftung handelt, die Realisierung der Haftung niemals für den Gläubiger in dem Bekommen einer Individualleistung, sondern stets im Bekommen einer vertretbaren Leistung besteht.

[1]) So Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III, S. 104.

[2]) Auch Brinz steht auf dem oben angeführten Standpunkt, indem er (Pandekten II, 2, §§ 207 und 210) das haftende Objekt — wohl besser Subjekt — als Satisfaktionsobjekt für den Gläubiger ansieht und unter Satisfaktion nicht Erfüllung, sondern wirtschaftlichen Ersatz oder moralische Genugtuung wegen Nichterfüllung versteht.

B. Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis.

I. Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger.

1. Der Bürge ist nicht Schuldner des Gläubigers.

a) Der gewöhnliche Bürge.

α) Der Bürge ist nicht Gesamtschuldner mit dem Schuldner.

§ 10.

Da die Bürgschaft im 18. Titel des VII. Abschnittes im BGB. unter „Einzelne Schuldverhältnisse" zu finden ist, so wird allgemein angenommen, die Bürgschaft sei ein Schuldverhältnis, der Bürge demgemäß Schuldner. Wie schon eingangs erwähnt, entnehmen die meisten Schriftsteller das Wesen der Bürgschaft dem römischen Begriff der *fidejussio*. Aber auch unter ihnen herrscht Streit, als was für ein Schuldner der Bürge eigentlich anzusehen ist. Sie wissen nicht, unter welche Kategorie von Schuldnern, unter Gesamtschuldner, Schuldübernehmer etc. sie ihn unterbringen sollen; und so wird von ihnen der Begriff der Bürgschaft nicht vollständig gelöst, da sie immer bei ihren Deduktionen auf Widerspruch mit den positiven Gesetzesbestimmungen stoßen. Kurzum, sie wissen nicht recht, wie sie den Bürgschaftsbegriff erklären sollen.

Es ist auch jetzt noch so wie im gemeinen Recht. In der gemeinschaftlichen Doktrin waren viele Streitfragen[1]),

[1]) Die gemeinrechtliche Literatur, s. bei Windscheid, § 476 N*.

welche Einzelfragen des Bürgschaftsrechtes zum Gegenstand hatten, durch jahrhundertelange gleichmäßige Stellungnahme von Theorie und Praxis beseitigt, die Grundfragen (Bedeutung der Akzessorietät, des korrealen Elementes) sind bis zuletzt noch ungelöst geblieben.[1])

Im modernen Recht helfen sie sich schließlich mit dem Begriff „Nebenschuldner des Hauptschuldners", ohne damit einen Schritt weiter zu kommen; denn es tauchen neue Schwierigkeiten auf, als was denn nun ein Nebenschuldner anzusehen ist, in welchem Verhältnis er zum Schuldner steht, wie seine Beziehungen zum Gläubiger aufzufassen sind.

Und die praktischen Konsequenzen, die aus diesen ihren Konstruktionen des Bürgschaftsbegriffes hervorgehen, werden weder dem Willen des Gesetzgebers noch auch dem Interesse der Vertragsschließenden gerecht. Durch die Folgerungen, die sie aus ihrem Bürgschaftsbegriff ziehen, wird niemals ein befriedigender Interessenausgleich, dem doch jede Rechtsordnung dienen soll, geschaffen.

Es ist nun zunächst auf diese Meinungen näher einzugehen, um sie als nicht mit dem Bürgschaftsbegriff vereinbar zurückzuweisen.

Herms[2]) lehnt sich an den römischen Begriff der *fidejussio* an, die nach den Forschungen von Keller[3]) und Ribbentrop[4]) im Verhältnis zur Verbindlichkeit des Schuldners als Korrealobligation aufgefaßt wurde, und konstruiert die Bürgschaft als Gesamtschuldverhältnis. Er meint, daß der Bürge stets im Verhältnis zum Schuldner Gesamtschuldner sei. „Dies folgt aus den §§ 427, 431 BGB., wonach Schuldner einer unteilbaren Leistung stets, einer teilbaren Leistung im Zweifel als Gesamtschuldner haften, wenn sie sich gemeinschaftlich zu derselben Leistung ver-

[1]) So Westerkamp, a. a. O., S. 29.
[2]) Die Bürgschaft, S. 19.
[3]) Über Litiskontestation und Urteil, S. 450.
[4]) Zur Lehre von der Korrealobligation, S. 107 ff.

pflichtet haben, wobei es keinen Unterschied macht, ob die gemeinschaftliche Verpflichtung in einem oder durch verschiedene, nicht uno actu abgeschlossene Verträge übernommen ist."

Dagegen ist folgendes einzuwenden: Bürge und Schuldner haben sich nicht gemeinschaftlich verpflichtet, vielmehr hat der Bürge mit dem Gläubiger und nicht mit dem Schuldner seinen Vertrag abgeschlossen. Auch haben sich Bürge und Schuldner nicht zu einer Leistung verpflichtet, sie wollen nicht etwa dieselbe Schuld tilgen. Nein, der eine will sie zwar tilgen, der andere will aber nur für die Tilgung der Schuld einstehen. Bei der Gesamtschuld hat keiner für den anderen einzustehen, es bestehen zwei selbständige Schulden, die Verpflichtung des einen lehnt sich nicht an die des andern an. Jeder ist auch dann verpflichtet, wenn, wie Westerkamp[1]) bemerkt, seiner Erwartung oder seinem Willen zuwider der andere, z. B. weil er geschäftsunfähig wird, überhaupt nicht verpflichtet wird. Ein Einstehen für fremde Schuld ist dagegen nur möglich, wenn eine solche besteht.

Wäre die Bürgschaft wirklich ein Gesamtschuldverhältnis, dann müßte ferner, wenn der Bürge als Gesamtschuldner in Anspruch genommen würde, auch der § 426 Anwendung finden, d. h. im Innenverhältnis wären Bürge und Schuldner anteilig verpflichtet. Dagegen bestimmt § 774, daß, soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner auf ihn — also in vollem Umfange — übergeht. Weiter hätte, wenn ein Gesamtschuldverhältnis vorläge, der Gläubiger die Wahl, wen von beiden er in Anspruch nehmen wollte. Dem Bürgen ist aber gemäß § 772 die Einrede der Vorausklage gegeben, so daß er durch ihre Geltendmachung wirksam die primäre Haftung zurückweisen kann.

[1]) a. a. O., S. 237.

β) Der Bürge ist auch nicht Nebenschuldner.

§ 11.

Windscheid[1]) sagt: „In der Bürgschaft wird der Zweck erreicht, daß dem Gläubiger ein zweiter Schuldner gegeben wird, an welchen er sich halten kann, wenn er von seinem eigentlichen Schuldner nicht befriedigt wird.“ Neumann[2]) sagt: „Die Verpflichtung des Bürgen“, ebenso Planck[3]). Schollmeyer[4]) redet von der Bürgschaftsleistung, Crome[5]) von der Bürgschaftsschuld. Er sagt dann weiter:[6]) „Ein Dritter tritt neben den Hauptschuldner und verspricht dem Gläubiger die geschuldete Leistung für den Fall, daß der Hauptschuldner sie nicht ordnungsmäßig bewirkt.“ v. Staudinger[7]) bemerkt: „Der Gläubiger erhält einen zweiten Schuldner, an den er sich halten kann, wenn er vom Hauptschuldner nicht befriedigt wird.“ Derselben Ansicht ist Endemann[8]), Unger[9]) bezeichnet den Bürgen als Nachschuldner.

Dies die hauptsächlichsten Meinungen, daß die Bürgschaft ein Schuldverhältnis sei. Es wird von allen Seiten zugegeben, daß nur eine Schuld besteht und daß der Bürge als zweiter Schuldner für diese Schuld neben den eigentlichen Schuldner tritt. Und jener wird dann als Nebenschuldner bezeichnet. Angenommen, der Bürge wäre Schuldner geworden, dann müßte er genau dasselbe leisten, was der Schuldner leisten muß. Nimmt man nun an, daß der Schuldner A. ein Gemälde herzustellen hat, und B. verbürgt sich für die Herstellung des Bildes. Kann wohl jemals

[1]) Pandekten, § 476.
[2]) Jahrgang 1904, ad § 765.
[3]) S. 508.
[4]) S. 170.
[5]) 1, 158.
[6]) § 295.
[7]) S. 704.
[8]) § 190, Anm. 1.
[9]) Einrede der Vorausklage, Jh. J., 29, S. 12 u. 13.

B. gezwungen werden, das Bild zu malen, muß er, wenn A. nicht leistet, seinerseits das Bild herstellen? Hat dies in der Absicht der Parteien gelegen, als sie den Bürgschaftsvertrag abschlossen, ist es überhaupt möglich, daß B. leisten kann?[1])

Ein weiteres Beispiel: A. hat sich verpflichtet, einen bestimmten Weg des C. nicht zu betreten, B. hat sich dafür verbürgt. Wenn A. den Weg betritt, dann kann C. doch nicht in der Weise gegen den Bürgen B. vorgehen, daß er verlangt, B. solle den Weg nicht betreten. Dieser wohnt vielleicht gar nicht in der betreffenden Stadt, er hat den Weg nie betreten, will und kann ihn auch nicht betreten. Mit dem Verlangen, daß B. den Weg nicht betritt, ist C. doch auch nicht Genüge getan. Die Schuldner-

[1]) Daß die Bürgschaft nicht nur für Geldleistungen, sondern für Verpflichtungen aller Art übernommen werden kann, geht schon aus den altdeutschen Quellen hervor. Man stellt den Bürgen für alles mögliche, nicht nur für Geldverpflichtungen, sondern z. B. auch für Gewährleistungen, Stellung vor Gericht. So ist schon in lex Alamannorum 36, § 3, eine Bürgschaft betreffend Erscheinen vor Gericht erwähnt. In lex Burg. 82, § 1, Schwsp. L. Art. 100b ist von einer Verbürgung dafür die Rede, daß ein Verbannter nicht zurückkehren werde, wegen Verwundung, Schwsp. L. 265b. — Auch im modernen Recht ist dieser, Grundsatz herrschende Ansicht der Literatur. Siehe Cosack, S. 582 Dernburg II, 2, S. 390, Kohler II, S. 416, Liebe I, S. 659, Oertmann, S. 491, Planck[3] zu § 765, Westerkamp, S. 237. Ebenso sagen die Motive II, S. 659: „Durch die Fassung des Entwurfs ist auch die Deutung ausgeschlossen, Bürgschaft sei nur zulässig für eine Geldforderung.“ Westerkamp, S. 155, hebt besonders hervor, daß eine Bürgschaft sogar möglich ist, wenn die Leistung des Hauptschuldners keinen Vermögenswert hat. Der Wert der Bürgschaft würde in solchem Falle allerdings nur in Sicherung der von dem Schuldner dem Gläubiger zu ersetzenden Kosten der Rechtsverfolgung bestehen. — Die herrschende Meinung erkennt also die Bürgschaft auch für nicht vertretbare Leistungen an, daß sie aber dann noch die Bürgschaft als Schuldverhältnis ansehen kann, ist mir ein Rätsel. Die notwendige Konsequenz, die Kremer, S. 3, und Seyffert, § 2, auch ziehen, wäre doch, daß die Bürgschaft in Ansehung solcher Verbindlichkeiten übernommen werden kann, die auch durch einen andern als den eigentlichen Schuldner erfüllt werden können.

theorie scheitert also an den Bürgschaften für nicht vertretbare Leistungen und für Unterlassungen.

Außerdem, müßte der Bürge die Schuld erfüllen, dann würde der Schuldner durch Erfüllung der Schuld frei werden. Denn Erfüllung macht frei. Es handelt sich ja hier um eine Schuld. Nach § 774 wird der Schuldner aber nicht frei, sondern auf den Bürgen geht die Forderung über, der Schuldner ist jetzt Schuldner des Bürgen geworden. Infolgedessen kann von einer Erfüllung der Schuld[1]) bei Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen nicht die Rede sein. Daher kann der Bürge auch nicht Schuldner sein. Außerdem bezeichnet das Gesetz die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit weder direkt noch indirekt als das Sollen des Bürgen.

b) Die selbstschuldnerische Bürgschaft.

α) Widerlegung der Ansicht, der selbstschuldnerische Bürge sei Gesamtschuldner.

§ 12.

Auch die im Verkehr häufigste und ihrem Namen nach an ein Schuldverhältnis erinnernde Bürgschaft: die selbstschuldnerische Bürgschaft zeitigt kein Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen.

Eine selbstschuldnerische Bürgschaft liegt im modernen Recht dann vor, wenn der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (§ 773 BGB.) oder wenn sie ihm kraft Gesetzes (§§ 571, 1252) nicht gewährt ist.

Es wird nun behauptet, indem man sich an das Wort „selbstschuldnerisch“ anklammert, der Bürge hafte als

[1]) Im gemeinen Recht war selbstverständlich als Konsequenz des Schuldbegriffs herrschende Ansicht, daß der Bürge die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen hätte. S. Puchta, Vorl. § 404: „*fidejussio* ist der Vertrag, durch welchen jemand eine fremde Verbindlichkeit zu erfüllen verspricht, ohne daß der bisherige Schuldner frei wird.“

Schuldner[1]), und zwar wird die Ansicht vertreten, daß der selbstschuldnerische Bürge mit dem Schuldner als Gesamtschuldner hafte. Landsberg[2]) steht auf diesem Standpunkt und meint, es liege bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft zwischen Hauptschuldner und Bürgen ein gesteigertes Gesamtschuldverhältnis vor. — Ein Gesamtschuldverhältnis liegt, wie schon betont, dann vor, wenn sich mehrere zu einer unteilbaren Leistung (§ 431) oder durch Vertrag zu einer teilbaren Leistung (§ 427) verpflichten. Sie wollen also eine gemeinsame, ihnen gehörige Schuld tilgen. Und ist dies die Absicht des selbstschuldnerischen Bürgen? Nein, er will die fremde Schuld wie der gewöhnliche Bürge nicht zu seiner eigenen machen, sondern für die fremde Schuld einstehen. Und dann zeigen sich wieder dieselben Bedenken wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft. Die Erscheinung des § 774 läßt sich nicht erklären. Der Bürge könnte auch hier bei Auffassung der selbstschuldnerischen Bürgschaft als Gesamtschuldverhältnis nur einen anteiligen Regreß nehmen, ferner widerspricht dieser Ansicht die Existenz einer selbstschuldnerischen Bürgschaft für nicht vertretbare Leistungen und Unterlassungen. Schließlich muß auch hier wegen der §§ 774 und 765 angenommen werden, daß der Bürge die Schuld nicht erfüllen kann. — Daß diese Ansicht sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur nicht

---

[1]) Für das gemeine Recht führt Girtanner, S. 320, folgendes aus:

Bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft gibt es drei Möglichkeiten:

a) Jener Ausdruck ist ein müßiger Zusatz der Notare oder nur, daß der Bürge für das Ganze, nicht bloß für einen Teil haften wolle.

b) Verzicht auf nov. 4.

c) Nicht als Bürge, sondern als prinzipaler Nebenschuldner (*correus debendi*) einzutreten. Denn Selbstschuldner ist der altherkömmliche Ausdruck für Hauptschuldner. — Er entscheidet sich für Ansicht 2 und sagt: Die Verpflichtung als Selbstschuldner ist eine wahre Bürgschaft, aber modifiziert in ihren Wirkungen durch den Willen des Bürgen.

[2]) S. 506.

anerkannt wird, zeigen KGE. 8. S. 135, OLG. Dresden in seiner Entscheidung vom 3. Juli 1902[1]), Cosack[2]), Sievers[3]), Oertmann[4]).

β) Die selbstschuldnerische Bürgschaft ist auch nicht kumulative Schuldübernahme.

§ 13.

Sowohl von v. Blume[5]), Engelmann[6]) als auch in der Elsässer Juristischen Zeitung[7]) wird die Ansicht vertreten, daß die selbstschuldnerische Bürgschaft als kumulative (bestärkende) Schuldübernahme anzusehen sei.[8]) v. Blume sagt: „Die in § 773, 1 erwähnte Verbürgung als Selbstschuldner ist die bestärkende Schuldübernahme des Gesetzes, die unter dem Titel Schuldübernahme nicht geregelt ist.“[9]) Zunächst herrscht in der Literatur Streit, ob überhaupt eine bestärkende Schuldübernahme im BGB. existiert. Verneint wird dies von Witte[10]) und Goldmann-

[1]) Sächs. Ann., Bd 24, S. 266.

[2]) S. 719.

[3]) Bürgschaft und Aufrechnung, R. 03, S. 251.

[4]) S. 847.

[5]) Jh. J., 39, S. 426 ff.

[6]) S. 237.

[7]) Els. J.-Z., 06, S. 489.

[8]) Eine eigenartige Ansicht entwickelt v. Helmolt, Die Korreal-Obligation, S. 122, Anm. 22: „Wenn jemand erklärt, ich hafte als Bürge und Selbstschuldner, so ist offenbar sein Wille, daß er für einen anderen einstehen will. Er will also nicht *proprio nomine*, sondern nur *alieno nomine* die Schuld übernehmen.“ Daß er sie dann zu seiner eigenen macht, ist doch wohl klar.

[9]) Für das gemeine Recht nimmt dies auch Hasenbalg, S. 72, Anm. 10, an: „In der Formel, jener wolle als selbstschuldnerischer Bürge haften, sei der Ausdruck „Bürge“, wie aus dem Zusatz selbstschuldnerisch zu erkennen sei, in der allgemeinen Bedeutung kumulativen Schuldbeitritts gebraucht.“

[10]) Schuldübernahme, Bürgschaft und Gesamtschuld, Pos. Mschr., 03, S. 69.

Lilienthal[1][2]). Nimmt man nun an, wie es die Rechtsprechung und Literatur tut, daß es eine bestärkende Schuldübernahme gibt, so ist sie rechtlich doch nicht dasselbe Gebilde wie die selbstschuldnerische Bürgschaft.[3]) Denn der Schuldübernehmer tritt neben den Hauptschuldner, er übernimmt die Schuld eines anderen mit und macht sie dadurch zu seiner eigenen, er verpflichtet sich zu einer Leistung, die er als seine Schuld betrachtet. Der selbstschuldnerische Bürge dagegen tritt ein für fremde Schuld. Niemals sieht er die Schuld als seine eigene an. Ferner hängt das Bestehen der selbstschuldnerischen Bürgschaft gemäß § 767 von dem Bestande der Hauptverbindlichkeit ab, was bei der kumulativen Schuldübernahme nicht gefordert wird.[4]) Der Schuldübernehmer verpflichtet sich, eine fremde Schuld als eigene zu erfüllen. Beide Verbindlichkeiten stehen also als Hauptverbindlichkeiten nebeneinander, beide müssen sich daher unabhängig voneinander entwickeln können, die andere braucht nicht zu erlöschen, wenn die eine untergeht. Schließlich, wie Cosack[5]) bemerkt, tritt der Schuldübernehmer nicht an die Stelle des bisherigen Schuldners, sondern wird neben ihm Hauptschuldner und kann darum „keineswegs alle Einreden,

[1]) S. 468.

[2]) Sie sagen, daß für das Verkehrsbedürfnis, dem alles Privatrecht dienen soll, die Bürgschaft des BGB. eine in jeder Beziehung ausreichende Einrichtung schafft. Wozu daneben noch die kumulative Schuldübernahme gelten lassen? Es wirke verwirrend, von einer solchen zu sprechen. Eine solche gäbe es nicht. Denn es gehöre zum Begriff der Schuldübernahme im Sinne des BGB., daß sie für den Schuldner befreiend wirkt.

[3]) Eine Definition der kumulativen Schuldübernahme — die er mit Schuldbeitritt bezeichnet — gibt Westerkamp, S. 36: Schuldbeitritt ist der Vertrag, durch den sich der Beitretende dem Gläubiger eines Dritten gegenüber verpflichtet, die aus dem Schuldverhältnis des Dritten zum Gläubiger herrührende Verpflichtung, unbeschadet der Weiterhaftung des Dritten, als eigene Verbindlichkeit zu erfüllen.

[4]) So auch Schollmeyer, S. 171, Anm. 2: Die kumulative Schuldübernahme, das *constitutum debiti alieni*, welches weder akzessorische noch subsidiäre Verpflichtung wirkt.

[5]) I, 159; ebenso Birkenbihl, R. 03, S. 286.

die der bisherige Schuldner nachträglich erwirbt, auch seinerseits benutzen", während gemäß § 768 der Bürge sämtliche Einreden geltend machen kann, mögen sie schon bei Eingehung der Bürgschaft bestehen oder erst nachträglich erworben werden.

Über das Wesen der bestärkenden Schuldübernahme und ihren Unterschied von der selbstschuldnerischen Bürgschaft äußern sich nur wenige Lehrbücher des BGB.[1]) Sie alle begnügen sich damit, die bestärkende Schuldübernahme für zulässig und im Gegensatz zur privativen Schuldübernahme (§ 414ff.) als ein Gesamtschuldverhältnis begründend zu erklären. Faßt man nun die kumulative Schuldübernahme als Gesamtschuldverhältnis auf, so ist sie aus den in § 12 ausgeführten Gründen keine selbstschuldnerische Bürgschaft.

2. Des Bürgen Sollen ist vielmehr Haftung.

a) Die Haftung des gewöhnlichen Bürgen.

α) Inhalt des Haftungsverhältnisses.

§ 14.

Wie sich also herausgestellt hat, kann weder die gewöhnliche Bürgschaft noch auch die selbstschuldnerische ein Schuldverhältnis sein.

Es wird nun auch schon von Romanisten zugegeben, daß ohne den Haftungsbegriff im modernen Sachenrecht nicht auszukommen ist. Und warum sollen auf die Bürgschaft, die zwar im BGB. unter den Schuldverhältnissen zu finden ist, aber unter keinen Umständen dahin gehört, nicht auch die Regeln des Haftungsverhältnisses Anwendung finden? Oertmann[2]) meint: „Es ist nicht anzunehmen, daß das Leben zwischen den beiden feinen Nüancen: Verpflichtung für eine fremde Schuld einzustehen, und Verpflichtung, sie zu zahlen, einen Unterschied machen werde." Der Unterschied muß aber entschieden gemacht werden, um gerade

[1]) Cosack, a. a. O., Dernburg II, § 155; Enneccerus-Lehmann, § 228, Planck, § 414.

[2]) S. 491, Vorb. 2.

„das Leben“ vor den falschen Konsequenzen des Schuldbegriffs zu bewahren. Und daß rechtlich ein evidenter Unterschied besteht, wird sofort bewiesen werden. Außerdem, wenn diese Unterscheidung im praktischen Leben gar nichts ausmachte, dann hätte das germanische Recht, das doch sicher nicht so fein entwickelt war wie das römische Recht, nicht zwischen Schuld und Haftung unterschieden, nicht den Bürgen als Hafter betrachtet.

Wenn A. sich dem C. gegenüber für die Schuld des B. verbürgt, was heißt das? Es ist zunächst eine Schuld vorhanden, die Schuld des B. Wenn nun C. noch einen Bürgen für die Schuld verlangt, so meint er: B. ist mir nicht sicher genug, ich will mehr Sicherheit haben, als mir des Schuldners Gegenstände schon bieten. — Also Sicherheit ist der Zweck der Bürgschaft.[1]) Denn gesichert werden kann nur etwas, was schon unabhängig von der Sicherung besteht (hier die Schuld des B.). Die Sicherung festigt also das Bestehende, die Schuld des B., sie schafft nichts Neues, nicht etwa einen zweiten Schuldner.[2]) Wie durch das Pfandrecht, so soll durch Übernahme der Bürgschaft die Realisierung der Schuld sichergestellt werden.[3]) Dies drückt auch der § 765 aus, indem er von Einstehen für die Erfüllung spricht, und dies soll bedeuten: Der Bürge soll dafür einstehen, daß der betreffende Schuldner seine Schuld erfüllt. Erfüllt der Schuldner die Schuld, dann kann selbstverständlich der Bürge nicht zum Zuge kommen; denn die Sicherung einer Schuld setzt das Nochbestehen einer Schuld voraus. Erfüllt der Schuldner die Schuld nicht, so kann der Gläubiger, falls es sich um Geldleistungen handelt, den Bürgen erst in Anspruch nehmen, wenn er in die Fahrnis des Schuld-

[1]) Dies geht schon aus der Ableitung der Bürgschaft vom Worte borgen, lat. *cavere*, *spondere*, *vadiare*, das im weiteren Sinne Gewißheit, Sicherheit, Kaution bedeutet, hervor.

[2]) S. Westerkamp, S. 135.

[3]) v. Amira V, S. 693: Wegen seines Zweckes, wonach ein Geschuldeter in Sicherheit gebracht, „geborgen“ werden soll, heißt das Übernehmen einer Bürgschaft „*borgha*“.

ners vergeblich vollstreckt hat, d. h. er muß zunächst zwangsweise die Schuld des Schuldners zu realisieren versuchen, erst dann kann er gegen den Bürgen vorgehen. Besteht die Bürgschaft für eine andere als Geldforderung, so genügt zur Inanspruchnahme des Bürgen, daß eine auf Erfüllung der Schuld des Schuldners gerichtete Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der Vorschriften der ZPO. ohne Erfolg versucht ist.

Und kann nun der Gläubiger vom Bürgen Erfüllung verlangen? Dies ist schon um deswillen unmöglich, weil der Bürge kein Schuldner ist[1]), und andererseits, weil durch Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Schuld nicht erlischt. Und bei nicht vertretbaren Leistungen, wenn sich z. B. der Bürge für das Malen eines Bildes verbürgt hat, und bei Unterlassungen ist eine Erfüllung seitens des Bürgen überhaupt ausgeschlossen.[2]) Ja, was verlangt denn der Gläubiger? Es muß doch etwas anderes als die Erfüllung der Schuld sein. Er kann genau dasselbe vom Bürgen verlangen, was er vom Schuldner verlangen kann, wenn er die Schuld nicht freiwillig realisiert und auch die zwangsweise Realisierung der Schuld ohne Erfolg ist, nämlich: Ersatz wegen Nichterfüllung[3]), Schadloshaltung. Der Bürge soll den Gläubiger also schadlos halten, d. h. er

[1]) Vergl. die Ausführungen S. 45.

[2]) Ebenso Isay, S. 193, Westerkamp, S. 160.

[3]) Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung, S. 251, redet allerdings von einer Schadensersatzpflicht des Bürgen, aber seine sonstigen Ausführungen haben denselben Sinn wie das oben Gesagte. „Die Verpflichtung des Bürgen geht eben nicht auf eigene Leistung der Hauptverbindlichkeit, sondern auf Einstehen dafür, daß der Hauptschuldner die Leistung bewirkt. Man darf sich dadurch nicht irre machen lassen, daß den Bürgen der Gläubiger trotzdem auf die Leistung unmittelbar selbst belangen kann. (Sievers meint offenbar: Leistungssumme.) Dies hat darin seinen Grund, daß das Einstehen für die fremde Leistung dadurch verwirklicht wird, daß der Bürge die ausgebliebene Leistung selbst bewirkt, womit nur ein Anwendungsfall des für die Schadensersatzpflicht maßgebenden Grundsatzes gegeben ist, daß der Zustand hergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249)."

haftet für die Schuld des Hauptschuldners. Denn Haftung ist, wie in § 8 festgestellt ist, der rechtlich erhebliche Zustand, den Gläubiger für eine ganz bestimmte Schuld oder einen Teil derselben oder wenigstens im Hinblick auf eine Schuld wegen Nichterfüllung der Schuld seitens des Schuldners schadlos zu halten.

Der einzige Schriftsteller, der auf diesem von mir vertretenen Standpunkt steht, ist Isay[1]). Er berührt den Bürgschaftsbegriff kurz und sagt, ohne es weiter zu begründen: „Der Bürge ist nicht Subjekt des Schuldverhältnisses, er ist lediglich Subjekt des Haftungsverhältnisses: er schuldet nicht, sondern haftet nur."

Für die Auffassung, daß das Sollen des Bürgen eine Schadloshaltung ist, spricht sich auch Kohler[2]) aus, indem er sagt: „Eine scheinbare Beschränkung des Schuldrechts kann darin liegen, daß der Schuldner scheinbar zu einer Leistung verpflichtet ist, welche aber nur in seiner Freiwahl steht, während seine rechtliche Verpflichtung lediglich auf Schadensersatz oder Vertragsstrafe geht. — So kann es auch bei der Bürgschaft verstanden sein, daß der Bürge nicht für die Leistung, sondern nur für den etwaigen Schadensersatz haftet, und das wird hier leichter als sonst angenommen werden, weil vielfach der Bürge zu der Leistung gar nicht befähigt wäre, wie z. B. wenn der Bürge eines Angestellten für sein Wohlverhalten bürgt."

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht Westerkamp[3]). Nach seiner Ansicht ist der Bürge nicht zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet, weil dann die Verbürgung als von vornherein bedingte Obligation aufgefaßt werden müßte. Auch er beachtet nicht, daß die Bürgschaft ein Zustand ist, ein Gebundensein, daß sie deshalb stets von vornherein, wie schon oben betont, unbedingt entstehen muß. Eine bedingte Bürgschaft gibt es eben

[1]) S. 194.
[2]) BGB. II, S. 17.
[3]) S. 171.

nicht. Nur die Realisierung der Bürgschaft kann bedingt sein.

Die Bürgschaft des modernen Rechtes ist sonach genau dasselbe rechtliche Gebilde wie die des alten deutschen Rechts.[1])

Es ergeben sich also für die Bürgschaft zunächst beim Schuldner ein Schuldverhältnis und ein Haftungsverhältnis. Denn daß des Schuldners Gegenstände für die Erfüllung seiner Schuld einstehen müssen, ist oben bereits ausgeführt. Der Gläubiger braucht sich deshalb auch nach vergeblicher Realisierung der Schuld nicht etwa an den Bürgen zu halten, sondern er kann vorerst noch versuchen, des Schuldners Haftung zu realisieren. Dann kann er die Bürgenhaftung zu realisieren unternehmen. Beim Bürgen ist also kein Schuldverhältnis vorhanden, sondern nur ein Haftungsverhältnis, ein weiteres Argument dafür, daß Schuld und Haftung Gegensätze sind und nicht notwendig in einer Person vereint zu sein brauchen. Es existieren also zwischen den bei der Bürgschaft in Betracht kommenden Personen ein Schuldverhältnis und zwei Haftungsverhältnisse. Diese beiden Haftungsverhältnisse, des Schuldners und des Bürgen Haftung, brauchen niemals denselben Inhalt zu haben. Z. B. kann, wie unten auszuführen ist, aus persönlichen Gründen die Haftung des

[1]) Die Bürgschaft des altdeutschen Rechts hat sich aus dem Pfandrecht entwickelt. Der Bürge war ursprünglich Geisel, Personenpfand — *wadii loco*. Diese Geiselschaft entsprach völlig der Pfandsetzung: wie das Pfand verfiel, so wurde der Bürge als Sklave abgeführt. Und der Zweck der Bürgschaft war derselbe wie der oben ausgeführte: Sicherung. — Im ältesten deutschen Recht ist, wie auch Geib, S. 8, anerkennt, der Bürge überhaupt nicht zu irgendeiner Leistung verpflichtet, er muß nicht leisten, sondern er haftet wie ein Pfand *wadii loco* (Vergl. Brunner, Grundzüge, a. a. O., Heusler 2, S. 250, ebenso v. Amira, s. S. 694: Der Bürge heißt *taki*, weil er der Typus des bloß Haftenden, nicht zugleich Schuldenden ist; S. 696: Der Bürge will, obgleich er verspricht, sich doch nicht selbst zum Schuldner machen.) — Der Bürge übernimmt also nach altdeutschem Recht nur die Haftung für fremde Schuld und ist selbst nicht Schuldner. Dies erkennen noch besonders an Stobbe, S. 362, Heusler, S. 68 ff., Sohm, Prozeß der lex Salica, S. 222 ff.

einen beschränkter als die des andern sein, nur richten sich beide nach dem Bestande der Schuld, da ja diese der Grund der Haftung ist, und keines der beiden Haftungsverhältnisse darf drum höher sein, als der Bestand der Schuld.

Daß sich, wie Siber[1]) und Westerkamp[2]) annehmen, die Haftung oder „das Einstehen", wie sie sagen, in ein Leistenmüssen, in eine Schuld verwandelt, ist ausgeschlossen, da, wie im folgenden Paragraphen zu zeigen ist, die Person des Bürgen bei der Haftung überhaupt nicht in Betracht kommt. Es handelt sich in diesem Falle um die in § 9 besprochene Realisierung der Haftung.

β) Subjekt und Umfang des Haftungsverhältnisses.

§ 15.

Wenn A. sich dem C. für die Schuld des B. verbürgt,

[1]) Siber, S. 108: Es ist weiter zu bestreiten, daß der Bürge nur Subjekt eines Haftungsverhältnisses sei, denn daß die ihm obliegende Leistung nicht Erfüllung der Hauptschuld ist, beweist doch nicht, daß sie überhaupt nicht Erfüllung einer Schuld ist. Auch der Bürge schuldet eine Leistung. Hauptschuldner und Bürge sind Subjekte je eines anderen Schuld- und Haftungsverhältnisses. — Siber meint also, es seien zwei Schuld- und zwei Haftungsverhältnisse vorhanden.

[2]) Westerkamp sagt S. 169: „Bis das Leistungsverlangen des Gläubigers an den Bürgen herantritt, ist der Bürge nur zur Einstehung für die Erfüllung, zur Sicherung der Erfüllung durch sein Einstehen verpflichtet. Sobald das Leistungsverlangen sich gegen den Bürgen richten kann und richtet, erhält die Sicherung einen praktisch verwertbaren Inhalt. Dann ist der Bürge verpflichtet, seinem Sicherungsversprechen dadurch nachzukommen, daß er die Hauptverbindlichkeit erfüllt." — Er ist also der Ansicht, zunächst sei eine Haftung des Bürgen vorhanden, die aber im Augenblick des Leistungsverlangens sich in eine Schuld verwandelt. Ich meine nun: Was hat es für einen Zweck, den Bürgen erst das Stadium der Haftung durchmachen und dann Schuldner werden zu lassen. Da ist die Ansicht, der Bürge sei von vornherein Schuldner, noch verständlicher. Außerdem widerspricht sich Westerkamp selbst, indem er vorher sagt, der Bürge könne niemals erfüllen, und hier redet er davon, daß der Bürge schließlich doch verpflichtet sei, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen. Nein, wenn der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nehmen will, so kann er weiter nichts tun, als die Gegenstände des Bürgen anzugreifen, um so gemäß § 9 die Haftung zu realisieren.

was tut er da anders, als wenn er seine goldene Uhr dem C. für die Schuld des B. zum Pfande setzen würde?[1]) Denn auch die Pfandsetzung bezweckt nichts als Sicherheit. Nur daß dort A. nicht eine einzelne Sache in das Schuldverhältnis verstrickt, sondern seine sämtlichen Aktiva; seine Gegenstände setzt er also gewissermaßen zum Pfande dafür, daß B. seine Schuld erfüllt. Natürlich kann man auch hier aus den oben angegebenen Gründen nicht von einer Generalhypothek sprechen. Die Person des Bürgen kann als Subjekt des Bürgschaftsverhältnisses überhaupt nicht in Betracht kommen. Denn dem Gläubiger ist es ganz gleich, ob der Bürge ein guter oder ein schlechter Mensch ist, ob er seine Gegenstände auf anständige oder betrügerische Weise erlangt hat. *Pecunia non olet.* Vielmehr kommt es ihm darauf an, ob der Bürge zahlungsfähig ist, ob er soviel Aktiva besitzt, daß er Ersatz für Nichterfüllung stellen kann. Dies wird auch klar und deutlich vom Gesetz anerkannt, indem es in § 239 den Bürgen als tauglich bezeichnet, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt. Es sind sonach die Gegenstände des Bürgen, welche für die Erfüllung der Schuld einstehen sollen.

Die Haftung wird zwar in der Regel sprachlich mit einer Person in Verbindung gebracht; sogar im Falle der reinen Sachhaftung heißt es: Der Eigentümer haftet mit dem Grundstück, weil man sich nicht an den Gedanken gewöhnen kann, daß hier ausnahmsweise einzelne Sachen bezw. Gegenstände Subjekt eines Rechtsverhältnisses sind. Aber trotzdem ist diese Auffassung keineswegs zu billigen. Der Bürge ist nicht

[1]) S. Puntschart, S. 142:

„Die Bürgschaft ist auch in der heutigen Vorstellung das Seitenstück des Pfandes. Das geht daraus hervor, daß man, wie im Mittelalter, so auch heute noch vom „Setzen" eines Bürgen spricht, also sich in bezug auf ihn der pfandrechtlichen Sprache bedient. Die mittelalterlichen Quellen lassen den Bürgen wie ein Pfand gesetzt werden und zeigen dadurch, daß sie ihn als das Seitenstück des Pfandes ansehen"; ebenso v. Amira II, 2, S. 840 ff., II, 1, S. 73. Auch Huber, S. 875, sagt, daß Bürgenstellung und Pfandsetzung rechtlich in ihrer Beziehung zum Hauptschuldner von derselben Wirkung gewesen sind.

verpflichtet, Ersatz zu leisten. Niemals. Ebensowenig als der Eigentümer eines Grundstücks gemäß § 1142 etwa verpflichtet wäre, den Gläubiger zu befriedigen.

Sonach haftet nicht die Person des Bürgen, sondern des Bürgen Gegenstände sind alle in das Schuldverhältnis verstrickt, d. h. alle, die er jeweilig besitzt. Die Bürgenhaftung ist demgemäß stets unbeschränkte gegenständliche Haftung.

Für den Umfang der Haftung ist der § 767 maßgebend. Er bestimmt, daß der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit ausschlaggebend für die Höhe der Haftungssumme ist. Der § 767 will also besagen, daß das Maximum der Bürgenhaftung der Höchstbetrag der Schuldsumme ist, daß der Bürge nicht *in duriorem causam* haftet.[1]) Und dies ist die notwendige Konsequenz des Haftungsbegriffs. Die Schuld ist ja der Grund der Haftung. Über den Betrag der Schuld hinaus gibt es also keine Haftung.[2]) Deswegen ist aber eine Minderung der Bürgenhaftung nicht ausgeschlossen. Dies war sogar schon für die *fidejussio* im römischen Recht zugelassen.[3]) Die Bürgschaft braucht also nicht immer Gesamthaftung zu sein, vielmehr können des Bürgen Gegenstände auch nur für einen bestimmten Teil der Schuld zu haften bestimmt sein, die Bürgschaft ist dann in diesem Falle gegenständliche Summenhaftung. Schließlich kann die Bürgschaft gemäß § 777 auch nur für eine bestimmte Zeit übernommen werden. Auch dies steht mit dem Haftungsbegriff in Einklang.

[1]) Ebenso sagt Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 30: „Vielmehr liegt es im Begriff der rein akzessorischen Haftung, daß der Gläubiger von demjenigen, dessen Haftung *adjecta* ist, niemals mehr fordern kann als vom Hauptschuldner."

[2]) Der E. I. § 670 enthielt sogar die Vorschrift: Hat der Bürge sich zu einer größeren oder zu einer beschwerlicheren Leistung verpflichtet, als zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist, oder hat er eine Leistung, zu welcher der Hauptschuldner nur bedingt verpflichtet ist, unbedingt versprochen, so haftet er als Bürge nicht weiter, als der Hauptschuldner verpflichtet ist.

[3]) D. 46, 1 l. 9.; l. 16 § 5; l. 70 § 2.

Daß eine Bürgschaft auch für eine zukünftige Schuld [1]) übernommen werden kann, geht aus § 765, 2 hervor und widerspricht der Auffassung, daß die Bürgschaft ein Haftungsverhältnis ist, durchaus nicht.[2]) Denn die Haftung kann auch ohne gleichzeitig existierende Schuld übernommen werden.[3])

Die Realisierung der Haftung ist dieselbe wie die in § 9 besprochene. Es kann zu einer freiwilligen Realisierung kommen; denn der Bürge ist berechtigt — nicht verpflichtet, wie Westerkamp[4]) annimmt —, dem Gläubiger die entsprechenden Werte seiner Gegenstände zum Zweck der Schadloshaltung herauszugeben. Tut er dies nicht, dann ist Klage und Zwangsvollstreckung in die Gegenstände das einzige Mittel zur Realisierung der Haftung. Es ist wie im Pfandrecht. Dort ist der Eigentümer, der sein Grundstück oder eine bewegliche Sache für die Schuld eines anderen verhaftet hat, berechtigt und nicht verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen.[5]) Und der Gläubiger kann zur Realisierung der Haftung nur die Zwangsvollstreckung in die betreffenden Gegenstände (Sachen) betreiben. Er hat mit der Person des Eigentümers nichts zu tun.

Somit sind bei der Bürgschaft sämtliche Voraussetzungen, die für den Haftungsbegriff am Schluß des § 8 zusammenfassend auseinandergesetzt sind, erfüllt.

Die Bürgschaft ist somit ein Haftungsverhältnis, weil sie ein rechtlich erheblicher Zustand der jeweiligen Gegenstände des Bürgen ist, den Gläubiger für eine ganz bestimmte Schuld oder einen Teil derselben oder wenigstens im Hinblick auf eine Schuld wegen Nichterfüllung der Schuld seitens des Schuldners schadlos zu halten.

---

[1]) Ebenso Eccius, S. 56.

[2]) Eine solche gab es auch im Nordgermanischen Obligationsrecht. v. Amira sagt S. 842: Die verbürgte Schuld braucht zur Zeit des Bürgschaftsvertrages noch nicht fällig, sie braucht nicht einmal ihrer Größe nach bekannt zu sein. Es genügt, wenn sie mittelbar bestimmt ist.

[3]) Siehe die Ausführungen S. 23/24.

[4]) S. 188.

[5]) Ebenso Biermann, Sachenrecht, S. 341.

b) Das Haftungsverhältnis bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft.

§ 16.

Für die selbstschuldnerische Bürgschaft gilt das gleiche wie für die gewöhnliche Bürgschaft. Auch der selbstschuldnerische Bürge ist, wie bereits festgestellt, nicht Schuldner, sondern will für eine fremde Schuld einstehen. Seine Gegenstände sollen gleichfalls Ersatz leisten für die Nichterfüllung der Schuld seitens des Schuldners.

Die selbstschuldnerische Bürgschaft ist also dieselbe geblieben wie die Bürgschaft des alten deutschen Rechts. Von dem altdeutschen Bürgen, bei dem stets die Einrede der Vorausklage[1]) ausgeschlossen war, sagt v. Amira: „Der

[1]) Ihren Ursprung nimmt die Einrede der Vorausklage (*beneficium excussionis*) im römischen Recht. Im Jahre 535 ordnete Justinian in Nov. 4 c. 1. an, daß der Gläubiger sich vorerst an den Hauptschuldner halten und diesen ausklagen solle, so daß er erst dann den Bürgen in Anspruch nehmen kann, wenn und soweit er vom Hauptschuldner nicht befriedigt wird (*si non valuerit a debitore recipere*). Über den Grund der Gewährung dieser Einrede siehe Unger, Jh. J., 29, S. 12, Hasenbalg, S. 253, Girtanner, S. 123, 124. — Dem deutschen Recht ist diese Einrede stets fremd geblieben. Die Bürgen im altdeutschen Recht hafteten stets selbstschuldnerisch. Nach dem Rügenschen Landgebrauch haftete der Bürge sogar vor dem Hauptschuldner. S. Tit. 74, § 7. Nach den meisten anderen Rechten haftete der Bürge schon dann, wenn der Gläubiger vom Schuldner keine Befriedigung erlangte, nicht erst dann, wenn der Gläubiger vom Schuldner die Erfüllung nicht zwangsweise zu realisieren vermochte. Sonach machte nach Unger, S. 15, der Bürge sich verbindlich, sein Möglichstes zu tun, um den eigentlich Verpflichteten zur Erfüllung der Verbindlichkeit zu bewegen, so daß die Bürgschaft also ursprünglich nur das Gelübde war, für die Erfüllung durch den Schuldner Sorge zu tragen. Selbstschuldnerisch hafteten die Bürgen auch in Niederösterreich, Böhmen und Mähren. Daß dieser Gedanke der selbstschuldnerischen Bürgschaft das altdeutsche Bürgschaftsrecht beherrscht hat, dieser Ansicht sind vor allem Müller und Paulsen, die für das jütsche Lov namentlich den Beweis dafür erbringen, Brunner in Kohlers Enzyklopädie, s. S. 250, und Grundzüge, S. 200, Schröder, S. 302, v. Amira, S. 696, Beseler, System des D. Pr. R., § 128, Gengler, Lehrb. des D. Pr. R., Bd. 1, S. 763, Gerber, Deutsches Pr. R., § 201, Mittermaier, D. Pr. R., S. 295; Eichhorn (D. Pr. R., § 71) meint,

Bürge will, obgleich er verspricht, sich doch nicht zum Schuldner machen", und deutet damit an, daß der Bürge nicht als Schuldner, sondern gleichfalls als Hafter anzusehen ist. Es ist also weiter kein Unterschied zwischen der gewöhnlichen Bürgschaft, als daß vertragsmäßig oder gesetzlich die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist.[1]) Die Haftung des selbstschuldnerischen Bürgen kann daher mit dem Zeitpunkte des Verzuges des Schuldners realisiert werden[2]), denn fällig muß die Schuld sein. Sonst hätte der Bürge die Einrede, daß sie noch nicht fällig sei. Auch muß weiter hinzukommen, daß der Schuldner nicht freiwillig erfüllt. Zahlt der Schuldner an dem ihm vom Gläubiger gesetzten Termin

---

der Bürge müsse erst dann zahlen, wenn vom Schuldner nichts zu erlangen sei, Walter (D. R. G., § 531), der Gläubiger dürfe ohne weiteres pfänden. Stobbe (Vertragsrecht, S. 124—130) meint, obwohl er S. 128 selber zugibt, daß die Ausklagung des Hauptschuldners nicht nötig gewesen sei, aus Culm. R. III, 117, Billwärder R., Art. 51., Lex Burg. 19, 5, den Schluß ziehen zu können, daß der Bürge nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Hauptschuldner die Zahlung verweigert hat oder nicht zahlen kann. Daß also im heutigen Recht, wie Paulsen, S. 146, bemerkt, jetzt in fast allen germanischen Ländern der Bürge eine Vorausklage gegen den Hauptschuldner verlangen kann, ist eine Veränderung des alten Rechts. Überall, wo das römische Recht galt, ist dessen *beneficium* aufgenommen, und dieser Grundsatz hat selbst im Norden, in den rein germanischen Ländern, im 18. Jahrhundert Geltung erlangt, durch gesetzliche Bestimmung in Schweden und durch Gewohnheitsrecht in Dänemark, ebenso in Norwegen, so daß merkwürdig genug in dem südlichsten nordischen Lande, dem Herzogtum Schleswig, sich der altgermanische Satz geltend erhalten hat, weil hier ein altdänisches Recht, das jütsche Lov, noch unmittelbare Rechtsquelle geblieben ist.

[1]) Sehr richtig bemerkt Westerkamp, S. 306, hierzu: In der Fassung des § 773 bezeichnet das sich verbürgen den Tatbestand, auf dessen Grundlage überhaupt erst von der Einrede der Vorausklage die Rede sein kann. Fehlt es an diesem Tatbestand, so bedeutet auch das als Selbstschuldner nichts anderes, wie das einfache als Schuldner, bedeutet vor allem keinen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage, die ja überhaupt nicht in Frage kommen kann.

[2]) Ebenso Platner, S. 88, für das germanische Recht: Nach dem Verzug des Hauptschuldners darf der Gläubiger unmittelbar gegen den Bürgen einschreiten.

nicht, so hat er nicht erfüllt, er ist mit seiner Leistung in Verzug gekommen. Und nur in diesem Falle tritt die Haftung des Bürgen ein, so daß auch hier ihr Inhalt Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Schadloshaltung ist. Ebenso gut könnte der Gläubiger, ehe er den Bürgen angreift, die Schuld zwangsweise zu realisieren oder auch die Haftung des Schuldners zu realisieren versuchen. Der Gläubiger hat also die Wahl, ob er die Schuld oder Haftung des Hauptschuldners oder die Bürgenhaftung realisieren will. Man spricht deshalb wohl in diesem Falle von einer primären Haftung des Bürgen.

Der Ausdruck „selbstschuldnerisch" will also nicht etwa besagen, daß der Bürge hier ein Schuldner sei, sondern daß er haftet, als ob er Schuldner sei, d. h. daß er primär in Anspruch genommen werden kann und keine Einrede hat, um die sofort nach dem Schuldnerverzug versuchte Realisierung der Haftung von sich abzuwälzen.

Subjekt des Haftungsverhältnisses sind auch hier die Gegenstände des Bürgen. Der selbstschuldnerische Bürge haftet gegenständlich unbeschränkt.

Wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft, so ist auch hier sowohl eine Gesamthaftung als gegenständliche Summenhaftung und zeitlich begrenzte Haftung (§ 777) möglich.

Die Realisierung der Haftung erfolgt, wie in § 9 angegeben.

3. Wann wird der Bürge dem Gläubiger gegenüber frei?

§ 17.

Da die Bürgschaft als Haftungsverhältnis außer im Falle des § 765, 2 das Bestehen einer Schuld zur Voraussetzung hat, so ist die jeweilige Höhe der Schuld für die Höhe der Bürgenhaftung maßgebend. Erlischt deshalb auf irgendeine Weise die Schuld, so kann von einer Bürgenhaftung nicht mehr die Rede sein, die Haftung erlischt gleichfalls.[1]) Ihre

[1]) Zustimmend Eck, S. 567: Ist die Hauptschuld nichtig, erloschen, dann existiert keine Bürgschaft. Sollte sie gerade für diesen Fall übernommen sein, so liegt Garantievertrag vor, ebenso Leonhard, Anm. 2.

Realisierung ist unmöglich. Infolge dieser Deduktion löst sich konsequent aus dem Haftungsbegriff eine Streitfrage, die der Lösung und deren Lösung der einwandfreien Begründung noch harrte.

A. hat dem C. für die Schuld des B., die darin bestand, ein Aquarell für C. zu malen, sich verbürgt. Als A. in die Wohnung des B. kommt, stößt er aus Versehen an das Bild. Das noch nasse Aquarell wird, da das Bild hinfällt, vollständig verwischt. Die Leistung wird dem B. durch das Verschulden des A. (Fahrlässigkeit), aber ohne eigenes Verschulden unmöglich gemacht.[1]) Er wird infolgedessen nach § 275 frei. Kann C. gegen den A. vorgehen als Bürgen?

Im BGB. ist hierüber keine ausdrückliche Bestimmung gegeben, und so herrscht denn in der Literatur Streit über die Beantwortung dieser Frage.

Planck[2]) meint: „Enthält das Verschulden des Bürgen den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, so ist er dem Gläubiger nach Maßgabe der §§ 823 ff.[3]) zum Schadensersatz verpflichtet. Zweifelhaft ist, ob eine Haftung des Bürgen auch dann angenommen werden kann, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft. Diese Frage dürfte zu bejahen sein, weil in der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung, für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit einzustehen, nach Treu und Glauben auch die Verpflichtung zu finden sein wird, seinerseits die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht unmöglich zu machen.“ — Ihm schließen sich Dernburg[4]), Enneccerus[5]), Mathiaß[6]) an. Auf dem gegenteiligen Standpunkt stehen Herms[7]).

[1]) Geldschulden kommen hier gemäß § 279 nicht in Betracht. *genus non perit.*

[2]) Anm. 8 zu § 826.

[3]) § 823, § 826.

[4]) S. 408.

[5]) S. 767.

[6]) S. 648.

[7]) S. 30.

Kisch[1]) und Westerkamp[2]). Kisch meint: „Eine zufällige Unmöglichkeit liegt für den Hauptschuldner auch dann vor, wenn die Unmöglichkeit seiner Leistung von dem Bürgen zu vertreten ist. Der Bürge haftet dem Gläubiger nicht unmittelbar auf Grund des Bürgschaftsvertrages wegen der akzessorischen Natur der Bürgschaft, die in dem Momente, wo die Hauptschuld erlischt, jedenfalls auch erlischt.“ Westerkamp glaubt die Frage der Forthaftung des Bürgen aus Gründen der Gerechtigkeit und Billigkeit verneinen zu müssen und um deswillen, weil der ganze Zusammenhang der Bürgschaftsverpflichtung im BGB. ergäbe, daß der Bürge überall von seiner Verpflichtung aus dem Bürgschaftsvertrage frei würde, wo die Rechtsordnung eine Klage des Gläubigers gegen den Schuldner versagt. — Man sieht, daß dies eine sehr gesuchte Begründung ist.

Am einfachsten und klarsten läßt sich die Lösung aus der Ansicht, die Bürgschaft sei ein Haftungsverhältnis, ableiten. Gemäß § 275 ist B. von seiner Leistung frei geworden. Die Schuld ist demnach erloschen. Da das Erlöschen der Schuld ein Endigungsgrund der Bürgenhaftung ist, so kann der Bürge aus der Bürgschaft nicht mehr in Anspruch genommen werden, da er ja nicht mehr Bürge ist. Eine andere Lösung ist undenkbar.[3])

Ferner läßt sich noch eine weitere Streitfrage mit Hilfe des Haftungsbegriffes einfach lösen.

Es wird von vielen Schriftstellern[4]) behauptet, daß eine Bürgschaft für eine verjährte Forderung bestehen, ja sogar

[1]) Unmöglichkeit, S. 43, Anm. 14, und in Besprechung der Schrift von Titze über Unmöglichkeit, Kr.-V.-Schr., Bd. 44, S. 506, 253.

[2]) S. 110.

[3]) Auch hier tritt die Analogie mit dem Pfandrecht wieder deutlich hervor. Denn für dies wird vom Gesetz in § 1252 bestimmt, daß das Pfand frei wird, wenn der Drittverpfänder durch seine Fahrlässigkeit die Erfüllung der Schuld unmöglich macht.

[4]) Enneccerus, 3, I, 2, § 412, Herms, S. 15, Westerkamp, S. 84, Planck ad § 765. Sie stützen sich meist auf den Wortlaut des § 223, der von Sicherheitsleistung redet, und meinen, die Bürgschaft sei mit hierunter zu verstehen.

bestellt werden könne. Andere wieder sagen, dies sei unmöglich.[1])

Bei Anwendung des Haftungsbegriffes löst sich die Sache folgendermaßen: In § 9 hat sich herausgestellt, daß die Verjährung der Schuld ein Endigungsgrund der Haftung ist. Wendet man dies Ergebnis auf die Bürgschaft an, so heißt das: Ist die Schuld verjährt, dann endet die Haftung des Bürgen. Von einer Bürgschaft für verjährte Forderungen kann demnach nicht die Rede sein. Es wäre auch zwecklos, falls es eine solche gäbe, sie überhaupt zu bestellen. Denn gemäß § 768 kann der Bürge alle dem Schuldner zustehenden Einreden geltend machen, also auch die peremtorische Einrede der Verjährung.

Somit wäre der Bürge stets imstande, eine Realisierung der Haftung durch Geltendmachung dieser Einrede zu vereiteln.

Es ergeben sich sonach folgende Erlöschungsgründe der Bürgschaft:

1. Erlöschen der Hauptschuld, sei es durch Erfüllung, Erlaß, unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners, Aufrechnung, Hinterlegung.
2. Verjährung der Schuld.

II. Verhältnis des Bürgen zum Schuldner.

1. Der Bürge kann dieselben Einwendungen geltend machen wie der Schuldner.

§ 18.

In § 768, 1, Satz 1 heißt es: Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Genauer wäre es gewesen, wenn der Wortlaut des Gesetzes hieße: Der Bürge kann alle Einreden geltend machen, welche dem Schuldner als solchen zustehen. Denn dann wäre

[1]) z. B. Mathiaß, S. 641.

die Bestimmung des § 768, 1 S. 2 überflüssig gewesen. Davon unten.

Die meisten Schriftsteller behaupten nun, die Bestimmung des § 768, 1 fände ihren Grund in „der akzessorischen Natur der Bürgschaft". Es sei beispielsweise nur Planck[1]) erwähnt: „Der Satz, daß der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, hat seinen Grund in der akzessorischen Natur der Bürgschaft." Gestützt wird diese Ansicht auf Motive II, S. 661: § 768 ist gerade mit Rücksicht auf die akzessorische Natur der Bürgschaft aufgenommen.

Ja, was heißt „akzessorische Natur der Bürgschaft"?[2]) Die Vertreter dieser Ansicht meinen, die Bürgschaft sei keine selbständige Verbindlichkeit, sondern eine Verpflichtung, die von dem Bestande einer andern Verbindlichkeit (der Schuld des Schuldners) abhängig sei. Wegen dieser Unselbständigkeit der Bürgschaftsverpflichtung sei es einleuchtend, daß, wenn dem Schuldner der Hauptverbindlichkeit irgendeine Einwendung zustehe, sie dem Schuldner der von der Hauptverbindlichkeit abhängigen (akzessorischen) Nebenverbindlichkeit auch zustehen müsse.[3])

Warum soviel Umstände machen? Die Bestimmung des § 768, 1 ergibt sich mit einem Worte: aus der Haftung des Bürgen. „Der Bürge haftet" heißt: es ist eine Schuld vorhanden, weil sie Voraussetzung der Haftung ist, und die Haftung darf nicht höher als die Schuld sein. Hat darum der Schuldner als Schuldner eine Einrede, so muß sie auch

[1]) S. 513 (ad § 768).

[2]) Dieses jetzt von der Literatur allgemein anerkannte Prinzip kommt nicht etwa aus dem römischen Recht, sondern ist erst von den gemeinrechtlichen Juristen aufgestellt und weiter entwickelt worden.

[3]) Wenn Endemann, S. 1194, sagt: „An der akzessorischen Natur der Bürgschaft kann auch durch Parteivereinbarung nichts geändert werden", so ist das um deswillen klar, weil sonst die Bürgschaft ihres ganzen Zweckes (Haftung) beraubt wäre, dann wäre eben keine Bürgschaft mehr vorhanden. — Unrichtig ist aus diesem Grunde Cosacks Ansicht (S. 589): „Das Bürgschaftsrecht ist mit Ausnahme der Formvorschriften nachgiebiger Art, läßt also abweichende Bestimmungen zu."

der Hafter haben. Denn sonst würde er *in duriorem causam* haften.

Allein aus diesem Grunde ist auch ein Verzicht auf eine Einrede seitens des Bürgen unzulässig. Er darf eben seine Haftung nicht erweitern. Der Zweck dieser von der herrschenden Meinung vertretenen Ansicht[1]) läßt sich einzig und allein als notwendige Konsequenz des Haftungsbegriffes erklären.

Scheinbare Ausnahmen von diesem Grundsatze sind nun die Bestimmungen des § 768, 1, S. 2 und § 193 KO. — In § 768, 1, S. 2 heißt es: „Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet." Das soll weiter nichts besagen als: Persönliche Erleichterungen der Haftung des Schuldners kann der Bürge nicht zu seinen Gunsten verwenden. Mit Notwendigkeit folgt aus dem Haftungsbegriff nur, daß der Bürge sich nach der Schuld zu richten hat, nach den Einreden, die der Schuldner als Schuldner vorbringen kann, nicht aber nach den Einreden, auf die er sich als Hafter stützen kann. Die Haftung des Schuldners kann noch so groß, noch so beschränkt sein: die Haftung des Bürgen richtet sich nur nach der seiner Haftung zugrunde liegenden Schuld. Die beiden Haftungsverhältnisse sind, wie schon früher betont, völlig unabhängig voneinander. Somit ist dies keine Ausnahme des Abs. 1, S. 1 und zeigt keinen Widerspruch mit dem Haftungsbegriff, im Gegenteil eine Bestätigung der gewonnenen Konsequenzen.

In der Literatur werden verschiedene Gründe angeführt, um diese Bestimmung nicht als Ausnahme von Abs. 1, S. 1

[1]) So z. B. Planck, S. 513: „Leistet der Bürge in dem Bürgschaftsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend auf eine ihm zustehende Einrede Verzicht, so liegt, soweit die Einrede dem Hauptschuldner Schutz gewährt, überhaupt kein Bürgschaftsversprechen, sondern ein andersartiges, nach den allg. Grundsätzen zu beurteilendes Schuldverhältnis vor. (S. auch Motive II, 662. — A. M. Schollmeyer, S. 84.)

gelten zu lassen. So sagt Oertmann[1]: „Nur anscheinend ist § 768, S. 2 eine Ausnahme, da in solchen Fällen die Verschmelzung von Nachlaß und Erbvermögen eben noch nicht durchgeführt oder wieder aufgehoben, und als Hauptschuldner weniger der Erbe als die in gewissem Sinne noch selbständige Erbschaft anzusehen ist.“ M. E. ist es sehr gewagt, die Erbschaft so zu personifizieren, daß sie als Hauptschuldner bezeichnet wird. Nur Personen können schulden. Die Erbschaft ist keine juristische Person.

Westerkamp[2]) sieht den inneren Grund der Bestimmung des § 768, S. 2 in der Gestaltung der Erbenhaftung, nicht im Wesen des Bürgschaftsrechts: „Der Bürge hat sich nur für den Hauptschuldner verbürgt, für dessen Leistenkönnen und Leistenwollen. Ist die Beschränkung der Erbenhaftung eingetreten und hat der Gläubiger nicht volle Befriedigung aus dem Nachlaß erhalten, so ist erwiesen, daß das Leistenkönnen des Hauptschuldners nicht in vollem Umfange vorhanden ist. Nur dieses tatsächliche Nichtleistenkönnen des Hauptschuldners bringt der Erbe mit Berufung auf die Beschränkung seiner Haftung auf die Kräfte des Vermögens des Erblassers an.“ Da die Prämisse der Ausführungen Westerkamps: der Bürge hätte sich für das Leistenkönnen und Leistenwollen des Hauptschuldners verbürgt, falsch ist, weil es nur auf die Schuld, nicht auf die Person des Schuldners bei der Haftung ankommt, so ist auch der Schluß nicht richtig.

Ferner heißt es in § 193 KO.: „Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners sowie die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht werden durch den Zwangsvergleich nicht berührt.“

Hierzu äußert sich Westerkamp[3]) folgendermaßen: „Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Akzessorietät (d. h. also Haftung) findet sich in § 193 KO. Die Besonderheit

[1]) S. 495.
[2]) S. 87, 89.
[3]) S. 90, 92.

ist, daß der Schuldner nur eine Rate der Forderung zur Tilgung der ganzen Forderung zu zahlen braucht, während der Bürge den vollen Betrag zu zahlen hat. Der Bürge hat in diesem Falle ein Recht nicht, das der Schuldner hat. Nur zur Abmilderung der Ausnahme kann hervorgehoben werden, daß es sich um ein Recht handelt, das nicht aus einem Rechtsverhältnis entstanden, sondern durch den Zwang der Umstände von außen in das Rechtsverhältnis hineingetragen ist."

Nach herrschender Ansicht ist nun trotz des Abschlusses des Zwangsvergleichs die Hauptverbindlichkeit nicht erloschen, sondern besteht weiter, ein Erlaß der Weiterhaftung des Gemeinschuldners ist nur in dem Abschluß des Zwangsvergleichs zu sehen. Die Haftung des Gemeinschuldners ist erschöpft, durch den Zwangsvergleich wollen die Gläubiger sich mit dieser Teilhaftung begnügen. An dem Fortbestehen der Schuld wird nichts geändert. Denn bezahlt der Gemeinschuldner nachträglich den Rest an die Gläubiger, so kann diese Summe nicht nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden. Die herrschende Ansicht sagt[1]): Es bleibt eine Naturalobligation übrig. Dieser Ausdruck ist auch hier nicht am Platze. Es ist keine klaglose Verbindlichkeit übrig geblieben. Im Gegenteil, eine gewissermaßen ausgeklagte, nämlich eine nicht bestrittene, d. h. anerkannte Verbindlichkeit, die infolgedessen nicht mehr ausgeklagt zu werden braucht. Nur unterscheidet sie sich eben dadurch von der gewöhnlichen Verbindlichkeit, daß gegen den Schuldner, weil die Gläubiger sich mit der Teilhaftung begnügt haben, nicht mehr vorgegangen werden kann. Es ist also auch hier ein persönlicher Grund vorhanden, welcher die Weiterhaftung in der Person des Schuldners ausschließt. Infolgedessen kann der Bürge die Einrede nicht zu seinen Gunsten verwenden, da die Schuld in voller Höhe fortbesteht. Es ist klar, daß gegen ihn in vollem Umfange vorgegangen werden kann. Eine weitere Folge ist, daß auf

[1]) S. Wilmowski, Petersen-Kleinfeller, Jäger zu § 193 KO., Schellhas, die Konkurssachen, S. 218, Fitting, § 49.

den Bürgen im Falle der Befriedigung die Forderung in voller Höhe übergeht, daß er also vollen Regreß am Schuldner nehmen darf, der sich ihm gegenüber nicht auf den geschlossenen Zwangsvergleich berufen kann. Dies ist ein weiterer Grund dafür, daß keine Naturalobligation vorhanden ist. Auch hier ist also eine Ausnahme von der akzessorischen Natur, d. h. von der Haftung, nicht zu verzeichnen.

2. Die Legalzession.

§ 19.

Es gibt im BGB. nur drei Legalzessionen, welche sich analog sind; es sind dies die Legalzessionen der §§ 774, 1143, 1225. In allen drei Fällen rückt derjenige, der die Erfüllung der Schuld sichert, an die Stelle des Gläubigers. Der Grund hierfür ist leicht einzusehen: Der Sichernde erfüllt nicht etwa die Schuld, sondern hält den Gläubiger schadlos. Daß die genannten Paragraphen weiter analoge Züge untereinander aufweisen, zeigen die Bestimmungen der §§ 1143, 1225, welche auf den § 774 verweisen. Und es ist doch merkwürdig, daß die Legalzessionen der §§ 1143, 1225 bei anerkannten Haftungsverhältnissen vorkommen; es ist daher wohl der Schluß verstattet, daß die analoge Legalzession (§ 774) auch bei einem Haftungsverhältnis sich findet. Ein neuer Beleg dafür, daß die Bürgschaft ein Haftungsverhältnis ist.

Die Beantwortung der Frage, wie eine solche Legalzession rechtlich aufzufassen ist, warum sie geschaffen ist, stößt in der Literatur auf Schwierigkeiten. Meist wird sie als eine Ausnahme von § 362 hingestellt. Denn eigentlich müßte durch die Erfüllung der Schuld seitens des Bürgen die Schuld doch erloschen sein. Auch die Vertreter dieser Ansicht gehen von der falschen Anschauung aus, daß der Bürge die Schuld erfüllte. Weil er dies eben nicht tut, weil er bloß haftet, schadlos hält, darum kann die Hauptverbindlichkeit nicht erlöschen, sie muß fortbestehen bleiben bis zur Erfüllung durch den, der sie erfüllen soll. Und das

ist der Schuldner. Also ist der § 774 nicht eine Ausnahme des § 362, er hat vielmehr mit diesem Paragraphen gar nichts zu tun, sondern ist wiederum eine Folge der Bürgenhaftung. Es ist genau wie beim Pfandrecht. Der Eigentümer der Liegenschaft oder Fahrnis, der nicht persönlicher Schuldner ist, wird Gläubiger des Hauptschuldners und bringt nicht etwa durch die Befriedigung des Gläubigers seinerseits die Schuld zum Erlöschen, da er sie nicht erfüllen kann, sondern hält den Gläubiger nur schadlos.[1])

Wie wird es nun in diesem Falle mit der Bürgschaft? Erlischt die Bürgschaft oder bleibt sie bestehen, obwohl der Bürge Gläubiger wird, obwohl sich Forderung und Haftung für die zu fordernde Schuld in einer Person vereinigen?

Zunächst kann aus der Analogie mit dem Pfandrecht schon geschlossen werden, daß die Bürgschaft nicht erlischt.

Für Liegenschaften bestimmt der § 1163, daß die Hypothek als Eigentümerhypothek fortbestehen bleibt, wenn sich Forderung und Hypothek in einer Person vereinigen. Ebenso sagt § 1256, 2: Das Pfandrecht erlischt nicht, wenn es mit dem Eigentum in einer Person zusammentrifft, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestand des Pfandrechts hat. Warum soll bei dem mit dem Pfandrecht so verwandten Haftungsverhältnis der Bürgschaft die Bürgschaft erlöschen, wenn der Bürge gleichzeitig Gläubiger wird? Die Bürgschaft kann nun aber auch gar nicht erlöschen. Denn wie in § 17 ausgeführt ist, sind nur Endigungsgründe der Bürgschaft: Erlöschen und Verjährung der Schuld. Die Bürgschaft muß also fortbestehen, und zwar vorläufig als ruhendes Recht. Befriedigt der Schuldner den Bürgen, so erlischt es, da ja die Schuld erlischt. Nehmen wir aber an, der Bürge tritt seine Forderung an einen

[1]) Man ist auch hier auf den Gedanken gekommen, den Grundstückseigentümer als Schuldner trotz der reinen Sachhaftung zu bezeichnen. Es wird dann von einer Realobligation gesprochen. Diese Ansicht scheitert aber außer an dem Haftungsbegriff an der Erklärung des § 1163, an dem Befriedigungsrecht des Eigentümers.

Dritten ab, so daß ein neuer Gläubiger da ist, daß dann die Bürgschaft wieder aufleben muß, ist wohl einleuchtend. Somit gibt es wie eine ruhende Hypothek, ein ruhendes Pfandrecht, als Konsequenz des Haftungsbegriffs eine ruhende Bürgschaft[1]), da ein Erlöschungsgrund bei der Vereinigung zwischen Gläubiger und Bürgen nicht vorliegt. Praktisch wird diese ruhende Bürgschaft vor allem, wenn noch eine zweite Sicherung für die Schuld da ist, z. B. ein Drittverpfänder. Darauf ist jetzt näher einzugehen.

III. Das Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder.

1. Strohals Ansicht.

§ 20.

Eine noch schwebende Streitfrage in der Literatur ist das Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder. Es hat z. B. A. eine Schuld an C. von 1000 M. Für diese Schuld hat B. die Bürgschaft übernommen und D. hat ein Pferd zum Pfand gegeben oder hat sein Grundstück mit einer Hypothek belastet. Das letztere Beispiel paßt besser, weil der C. dann keine von den beiden Sicherungen in den Händen hat, während das Fahrnispfandrecht der altdeutsche Grundsatz: „Ohne Faust kein Pfand“ beherrscht. Um nun von einem Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder reden zu können, muß C. sowohl den Bürgen als auch den Eigentümer des Grundstücks, D., in Anspruch nehmen können; der Bürge B. darf sich also nicht oder nicht mehr durch die Einrede der Vorausklage verteidigen können, d. h. gegen den Schuldner A. muß vergeblich Zwangsvollstreckung in die Fahrnis betrieben oder die Bürgschaft eine selbstschuldnerische sein. Ist nun dieser Zustand eingetreten, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er den Bürgen oder den Drittverpfänder in Anspruch nehmen soll. Hält der Gläubiger C. sich an den Eigentümer des Grundstücks, D., so geht auf

[1]) Einen weiteren triftigen Grund für das Nichterlöschen der Bürgschaft siehe S. 68 u. 69.

ihn die Forderung über (§ 1143), mit der Forderung aber auch die Rechte aus der Bürgschaft gemäß § 401, d. h. D. kann sich jetzt an den Bürgen B. halten. Befriedigt der Bürge den Drittverpfänder, so geht mit der Forderung (§ 774) gemäß § 401 auch die Hypothek mit über. Der Bürge kann sich also seinerseits wieder an den Eigentümer D. halten. Befriedigt dieser den Bürgen, so geht gemäß § 401 wieder die Bürgschaft über. Er kann sich wiederum an B. halten, dieser wieder an D. So geht es in infinitum hin und her. Man sieht, daß diesem Rechtszustande abgeholfen werden muß, daß sich hier eine Lücke im Gesetz zeigt. Denn es muß doch zwischen den Parteien ein befriedigender Interessenausgleich geschaffen werden. Das Gesetz bietet aber keine Stütze dafür. Es ist nun auf verschiedene Weise diese vom Gesetz ungelöste Frage beantwortet worden. Strohal[1]) ist der Ansicht, daß keine Lücke im Gesetz vorhanden ist. Er kommt auf folgende Weise zum Ziel.

Er scheidet zunächst, ob es sich bei der zweiten Sicherung um eine Hypothek oder Fahrnispfandrecht handelt. Ist es eine Hypothek, so ist er folgender Ansicht:

„Haftet für eine Forderung neben dem persönlichen Schuldner noch ein von einem dritten Eigentümer hypothekarisch gesichertes Grundstück und ein Bürge, so kann der letztere, sofern er den Gläubiger befriedigt, die Last der Schuld, soweit die Hypothek reicht, jedenfalls auf das hypothekarisch belastete Grundstück abwälzen (§ 774). Kommt aber der Grundstückseigentümer mit der Befriedigung des Gläubigers dem Bürgen zuvor, so geht die Forderung mit Nebenrechten nach § 1143 auf ihn über. Hinsichtlich der Hypothek gelangt der Eigentümer in die Stellung eines Eigentümerhypothekars nach § 1143 in Verbindung mit § 1177, 2. Die Geltendmachung des auf ihn übergegangenen Anspruchs des bisherigen Gläubigers gegen den Bürgen steht dem Grundstückseigentümer sicherlich zu. Allein eine Benachteiligung des Bürgen wird hierdurch nicht herbeigeführt. Denn be-

[1]) D. J.-Z., 1903, S. 376.

friedigt der Bürge den Eigentümer, so gehen auf ihn wieder die Gläubigerrechte des letzteren nach § 774 über. Der Bürge erlangt dann also infolge der von ihm bewirkten Befriedigung des Grundstückseigentümers auch die Hypothek und somit genau diejenige Rechtsstellung, welche er erlangt haben würde, wenn er dem Grundstückseigentümer mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorgekommen wäre. Die Möglichkeit einer befriedigenden Lösung ist bei dieser Gestaltung dadurch gegeben, daß die Hypothek nicht erlischt und somit für den Bürgen der Eintritt in die zur Sicherung der Forderung des ursprünglichen Gläubigers bestellte Hypothek eröffnet ist.“ — Es ist offensichtlich, daß Strohal mit seiner Deduktion auf dem halben Wege stehen geblieben ist. Denn der Bürge kann sich jetzt seinerseits aus der Hypothek befriedigen. Damit würde Forderung, Hypothek und Bürgschaft auf den Eigentümer übergehen. Dieser könnte sich wieder an den Bürgen halten. Das Spiel begänne von neuem. Dieses Hin und Her zwischen Eigentümer und Bürgen ist m. E. denn doch keine befriedigende Lösung.

Für das Fahrnispfandrecht kommt Strohal gleichfalls zu dem Ergebnis, daß der Bürge privilegiert sei und der Drittpfänder also im Verhältnis zueinander die Haftung tragen müsse. Befriedige der Bürge den Gläubiger direkt, so gehe gemäß §§ 774, 401, 402 das Pfandrecht auf ihn über, befriedigt dagegen der Pfandeigentümer den Gläubiger, so hafte ihm der Bürge nach §§ 1225, 401, 402 nur, wenn ihm der Eintritt in das Pfandrecht offen gelassen sei. Das soll heißen: Das Pfandrecht darf nicht erlöschen. An dem Nichterlöschen hat nun aber der Drittverpfänder das größte Interesse. Denn wie Strohal selbst zugibt, steht er dann demjenigen Gläubiger gleich, welcher das Pfandrecht zum Nachteil des Bürgen aufgibt, und bewirkt dadurch die Befreiung des Bürgen nach Maßgabe des § 776, S. 1. Strohal gelangt schließlich aus dem Grunde zu einer endgültigen Regelung des Verhältnisses zwischen Bürgen und Drittverpfänder, weil durch die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person des Bürgen die Bürgschaft definitiv

erloschen ist. Der vom Pfandeigentümer in Anspruch genommene Bürge kann zwar eine pfandgesicherte Forderung als Ersatz verlangen, denn das Pfandrecht ruht gleichsam nur, es kann wieder aufleben, nicht aber kann der vom Bürgen belangte Pfandeigentümer für seine Leistung Übergang einer durch Bürgschaft gesicherten Forderung beanspruchen, denn die Bürgschaft ist durch die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person des Bürgen definitiv erloschen. Dies ist also der eigentliche Grund, weshalb der Drittverpfänder der Leidtragende sein soll. Boethke[1]) ist gleichfalls Strohals Ansicht, ebenso Martinius[2]), welcher sagt: „Besteht bei Befriedigung des Gläubigers durch den Drittverpfänder eine Bürgschaft, so geht sie allerdings mit der Hauptschuld auf den Drittverpfänder über (§§ 1225; 774, 1; 412; 401). Die Bürgschaftsforderung aber geht bei Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person des Bürgen rettungslos zugrunde, während der Bürge das Pfandrecht behält.“ Auch Westerkamp[3]) bestätigt die letztgenannte Ansicht: Ein zweiter Fall echter *confusio* wäre der, wo Recht und Verbindlichkeit aus der Bürgschaft in der Person des Gläubigers oder Bürgen zusammentreffen. Auch hier erlischt die Bürgschaft selbstverständlich; niemand kann sich selbst verpflichtet sein.

Und doch ist diese Ansicht unzutreffend. Ist wirklich Recht und Verbindlichkeit in der Person des Bürgen vereinigt? Es ist nur eine Verbindlichkeit vorhanden, das ist die Schuld des Hauptschuldners, und diese ist noch beim Hauptschuldner, sie ist weder erloschen noch auf den Bürgen übergegangen. Nein, nicht Recht und Verbindlichkeit vereinigen sich in der Person des Bürgen, sondern Recht und Haftung. Und daß darum die Bürgschaft nicht erloschen sein kann, daß sie nur, solange sie in der Person des Bürgen — mit der Gläubigereigenschaft — vereint ist,

[1]) Gruchots Beiträge, Bd. 47, S. 859 u. 860.
[2]) D. J.-Z., 1903, S. 543, ebenso Koban, S. 210.
[3]) S. 113.

gleich dem Pfandrecht ruht, ist sonach klar und in § 19 schon bewiesen. Das Argument Strohals, auf das er seine ganze Ansicht stützt, ist somit hinfällig geworden. Strohal wäre vollkommen beizupflichten, wenn die Bürgschaft ein Schuldverhältnis wäre. Zu welchem Resultat eben aber die Anwendung des Schuldverhältnisses führt, das zeigt das Strohalsche Ergebnis. Denn daß das Ergebnis Strohals völlig unbillig ist, wird von den meisten Schriftstellern anerkannt. Am heftigsten angegriffen wird die Strohalsche Ansicht von Breit[1])[2]), der zu einem andern Ergebnis kommt.

2. Die Ansicht Breits.

§ 21.

Nicht etwa weil Breit die Bürgschaft als Haftungsverhältnis ansieht und meine Bedenken teilt, kommt er zu einem andern Ergebnis, sondern auf Grund folgender Erwägungen:

„Das Ergebnis Strohals ist unbillig und die Deduktion, auf die es sich gründet, bedenklich. Die Frage ist, ob die entsprechende Anwendung des § 401, die der § 412 für den Fall der Übertragung der Forderung kraft Gesetzes vorschreibt, tatsächlich so allgemein und ausnahmslos Platz greift, wie es nach der Fassung des § 412 der Fall zu sein scheint, und wie es die bisherigen Bearbeiter allgemein annehmen."

Er erkennt also die Anwendbarkeit des § 401 nicht an und kommt dann[3]) zu dem Ergebnis, daß es billig wäre, die beiden Sichernden als Gesamtschuldner haften und ihnen

---

[1]) Gruchots Beiträge, 48, S. 283 ff.

[2]) Bestritten ferner von Bendix, v. Staudinger, Lippmann. Dieser formuliert die Frage S. 180 so: Wer muß bei Insolvenz des Hauptschuldners bluten, wenn für diese zugleich ein Drittverpfänder mit dem Pfänder und ein Bürge persönlich haftet, der Drittverpfänder oder der Bürge? Er erörtert dann die Strohalsche Ansicht und ist der Meinung, daß für die streitige Frage die §§ 1143, 1225 und 774 nicht zu verwenden sind.

[3]) S. 293.

eine Ausgleichungspflicht obwalten zu lassen. „Diese Entscheidung erscheint freilich dem Wortlaut des Gesetzes gegenüber zunächst etwas kühn, aber jedenfalls entspricht sie den Anforderungen einer ausgleichenden Gerechtigkeit wohl am meisten. Und dazu kommt, daß sich auch schwerlich eine hinreichende Begründung dafür finden läßt, weshalb gerade mehrere Bürgen untereinander ersatzpflichtig sein sollen, warum aber dasselbe nicht auch dann gelten soll, wenn Bürge und Drittverpfänder zusammentreffen. Die rechtliche Verschiedenheit der einzelnen Institute ist dabei belanglos.“ Der Breitschen Ansicht schließt sich Bendix[1]) an: „Treffen mehrere Sicherungspflichtige, z. B. Bürge und Eigentümer des für fremde Schuld hypothekarisch belasteten Grundstücks, zusammen, so liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor.“ Ferner sagt v. Staudinger[2]): „Obgleich auch gegen Breits und Bendixs Auffassung Bedenken erhoben werden können und ihr insbesondere der Wortlaut des § 401 entgegenzustehen scheint, dürfte ihr doch schon um des befriedigenden Ergebnisses halber beizupflichten sein.“ Und Cohn[3]) meint: „Nach allem trage ich kein Bedenken, vom Standpunkt des BGB. aus den Drittverpfänder, mag Gegenstand des Pfandes ein Grundstück, eine bewegliche Sache oder ein Recht sein, als Schuldner gegenüber dem Gläubiger, aber auch als Gesamtschuldner mit dem Bürgen anzusehen.“

Die Anhänger dieser Ansicht meinen also, das Verhältnis zwischen den beiden Sichernden, Bürgen und Drittverpfänder, sei genau das gleiche wie das unter Mitbürgen. Cohn bezeichnet sie sogar ausdrücklich als Mitbürgen. „Mitbürgen sind Personen, die sich zusammen oder getrennt für dieselbe Schuld verbürgt haben. Entscheidend ist nur, daß es sich um dieselbe Schuld handelt. Leistung aus dem Pfande ist ebenso Einlösungszahlung wie Leistung auf Grund der Bürgschaft.“ Ebenso sagt Danz[4]): „Wenn ein Dritter

[1]) Arch. f. bürg. Recht, 25, S. 91.
[2]) S. 724.
[3]) J. W., 1906, S. 410.
[4]) Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 128.

ein Pfand für den Schuldner gegeben hat, so ist seine Stellung dieselbe wie die des Bürgen.“ [1]) Somit hafteten also Bürge und Drittverpfänder als Gesamtschuldner, untereinander wären sie also anteilig verhaftet.

Warum diese Ansicht unzutreffend ist und was für ein Ergebnis sich aus dem Haftungsbegriff entwickelt, das soll nun in folgendem dargelegt werden.

3. Das aus dem Haftungsbegriff sich entwickelnde Ergebnis.

§ 22.

Es heißt im § 769: Mitbürgen haften als Gesamtschuldner. Man denke sich den Fall, es habe ein gewöhnlicher Bürge und ein selbstschuldnerischer Bürge die Haftung für eine bestimmte Schuld übernommen. Diese beiden Hafter kann man doch, obwohl sie wörtlich genommen „Mitbürgen“ sind, nicht als Gesamtschuldner ansehen. Denn der Gläubiger kann sich nur an den einen (selbstschuldnerischen) Bürgen halten, während der andere durch die Einrede der Vorausklage geschützt ist. Die beiden Bürgen befinden sich also nicht in der gleichen Rechtslage, sie stehen nicht auf gleicher Stufe, und zwar auf gleicher Haftungsstufe. Der eine steht auf einer andern Haftungsstufe als der andere. Und zwar ist die Haftungsstufe, auf der der selbstschuldnerische Bürge steht, die höhere, weil er dem sofortigen Zugriff des Gläubigers ausgesetzt ist. Der eine steht also auf einer höheren Haftungsstufe als der andere. Sie können daher nicht Gesamtschuldner sein. Erst wenn der Gläubiger in die Fahrnis des Schuldners vergeblich vollstreckt hat, hat er die Wahl, welchen von beiden Bürgen er in Anspruch nehmen will, jetzt erst haften sie als Gesamtschuldner, weil der gewöhnliche Bürge, dem nun die Einrede der Vorausklage versagt ist, hierdurch auf die höhere Haftungsstufe aufrückt. Es können also zwei Personen nur dann als Gesamt-

[1]) Auf demselben Standpunkt stehen noch: Bruck, S. 196 u. 197, Endemann, S. 820, Kohler, S. 428, Siber, S. 158.

schuldner haften, wenn sie auf gleicher Haftungsstufe stehen. So ist es in jedem Falle des Gesamtschuldverhältnisses, mag es nun ein gesetzliches oder rechtsgeschäftliches sein. So haften zwei gewöhnliche Bürgen untereinander, zwei selbstschuldnerische Bürgen untereinander, da ihre gegenseitige Haftung auf gleicher Stufe steht, stets als Gesamtschuldner. Man sehe sich nur einmal die Fälle an, in denen das BGB. zwei Personen als Gesamtschuldner haften läßt.[1]) Man wird stets finden, daß die betreffenden Personen auf gleicher Haftungsstufe stehen, weil sie z. B. dieselben Rechtsbeziehungen haben, weil sie nebeneinander verantwortlich sind usw. Und stehen nun zwei Personen nicht auf gleicher Haftungsstufe, so ist es verständlich und klar, ja auch vom BGB. anerkannt[2]), daß die Haftung im Verhältnis zum andern derjenige zu tragen hat, der auf einer höheren Haftungsstufe steht.

Wie ist dies nun bei dem Verhältnis zwischen Bürgen

---

[1]) Als Gesamtschuldner haften nach Bürgerlichem Recht: mehrere Vorstandsmitglieder eines Vereins (§ 42), mehrere Liquidatoren (§ 53), „handeln Mehrere“ beim nicht rechtsfähigen Verein (§ 54), mehrere Gemeinschafter (§ 755), „sind mehrere nebeneinander verantwortlich“ (§ 840), die Ehegatten (§ 1388), ebenso bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1530, 2), mehrere Vormünder (§ 1833, 2), die Erben (§ 2088), mehrere Testamentsvollstrecker (§ 2219).

[2]) Der Gedanke, daß die Haftung im Innenverhältnis der zu tragen hat, der auf der höheren Haftungsstufe steht, ist dem Gesetz nicht fremd. Es heißt in § 840, 1: Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner. In den beiden nächsten Absätzen ist dann von der Person (der Dritte, der Andere) die Rede, der für den Schaden eigentlich verantwortlich ist, d. h. der den Schaden vorwiegend oder allein verursacht hat. Die betreffende Person befindet sich also nicht in gleicher Rechtslage mit der andern, sie steht infolgedessen auf einer andern Haftungsstufe wie die andere. Deshalb bleibt die Haftung, da ja die andere Person weniger oder gar nicht an dem Schaden schuld ist, sie also auf einer höheren Haftungsstufe steht, auf ihr ruhen.

und Drittverpfänder zu beurteilen? Breit will sie als Gesamtschuldner haften lassen. Ist diese Ansicht zutreffend, so müßten Bürge und Drittverpfänder auf gleicher Haftungsstufe stehen.

Dies ist aber aus folgenden Gründen nicht der Fall. Der Bürge hat seine ganzen Gegenstände für die Schuld eingesetzt, er haftet also gegenständlich unbeschränkt. Der Drittverpfänder hat dagegen nur eine bestimmte Sache (Fahrnis oder Liegenschaft) für die Schuld zum Pfand gesetzt. er haftet also gegenständlich beschränkt. Des einen Haftung ist also nicht dieselbe wie die des andern. Die beiden Personen stehen nicht auf gleicher Haftungsstufe. Darum können sie nicht als Gesamtschuldner haften. Breits Ansicht ist aus diesem Grunde nicht beizupflichten. Handelte es sich um zwei Pfandrechte, z. B. ein Liegenschafts- und ein Fahrnispfandrecht — diesen Fall behandelt Breit vor allem und an ihm sucht er hauptsächlich seine Ansicht aufzubauen —, so liegt bei beiden eine gegenständlich beschränkte Haftung vor. Diese beiden würden als Gesamtschuldner haften.

Da also der Bürge seine gesamten jeweiligen Gegenstände in das Schuldverhältnis verstrickt hat, während der Drittverpfänder nur mit einer einzigen Sache haftet, so steht der Bürge mit seiner gegenständlich unbeschränkten Haftung sicher auf einer höheren Haftungsstufe als der Drittverpfänder mit seiner gegenständlich beschränkten Haftung. Auf dem Bürgen bleibt also die Haftung im Verhältnis zum Drittverpfänder ruhen. Wird sonach vom Gläubiger der Drittverpfänder in Anspruch genommen, so kann er vollen Regreß am Bürgen nehmen, wird der Bürge in Anspruch genommen, so kann dieser keinen Regreß am Drittverpfänder nehmen.

Dies ist das Ergebnis, welches sich mit Hilfe des Haftungsbegriffes gewinnen läßt. Nur so kann die Lücke des Gesetzes ausgefüllt werden. Und es wird durch diese Lösung

auch ein befriedigenderer Interessenausgleich geschaffen, als wenn die beiden Hafter im Innenverhältnis anteilig hafteten. Denn ihre Haftung ist doch eine völlig ungleiche. Darum muß der, welcher seine gesamten Gegenstände dem Gläubiger zur Verfügung gestellt hat, im Verhältnis zum andern, der nur eine einzige Sache zum Pfande gesetzt, unbedingt die Haftung übernehmen.

Literaturverzeichnis.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht.
— Westnordisches Obligationenrecht.
— Grundriß des germanischen Rechts.
Bekker, Jh. J., Bd. 49, S. 51 ff.
Bendix, Zur Lehre von dem gesetzlichen Uebergang der Rechte (cessio legis) im Falle des Vorhandenseins mehrerer Forderungen. Arch. f. bürg. R., 25, S. 84 ff.
Beseler, System des deutschen Privatrechts.
Biermann, Sachenrecht.
Binding, Normen.
Birkenbihl, Recht, 03, S. 286.
v. Blume, Jh. J., Bd. 39 und Bd. 40.
Boethke, Gruchots Beiträge, Bd. 47, S. 859 ff.
Breit, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers. Gr. B., Bd. 48, S. 283 ff.
Brinz, Pandekten. Bd. 2.
— Arch. f. ziv. Pr., Bd. 70, S. 371 ff.
Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl., 1908.
— in Kohlers Enzyklopädie I, S. 248.
Bruck, Die Eigentümerhypothek.
Cohn, J. W., 06, S. 410 ff.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl.
Crome, System des bürgerlichen Rechts.
Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte.
Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl.
Eccius, Gruchots Beitr., Bd. 46, S. 55 ff.
Eck-Leonhard, Vorträge.

Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht.

Ehrenberg, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht.

Eichhorn, Deutsches Privatrecht.

Elsässer Juristen-Zeitung, 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl.

E. I., Entwurf eines BGB. 1. Lesung, 1888.

Fitting, Konkursrecht.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. Tüb. 1894.

Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts.

Gerber, Deutsches Privatrecht.

Gierke, in Kohlers Enzyklopädie I, S. 521 ff.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Recht.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB.

Hasenbalg, Die Bürgschaft nach gemeinem Recht.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

v. Helmolt, Die Korrealobligation.

Herms, Die Bürgschaft nach BGB. Diss. Rostock, 1900.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts.

Huber, Schweizerisches Recht. Bd. 4.

Isay, Jh. J., 48, S. 186 ff.

Jäger, Konkursordnung.

Keller, Ueber Litiskontestation und Urteil.

Kisch, Unmöglichkeit der Leistung.

— Kr. V. Schr., Bd. 44, S. 506.

Kleinfeller, s. Petersen.

Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers. Graz, 1904.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

— Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 91, S. 172 ff.

Kremer, Die Mitbürgschaft mit Beiträgen zur Lehre von der Bürgschaft und Gesamtschuld. Straßburg, 1902.

Kuhlenbeck, bei v. Staudinger, Bd. 2, S. 2.

Lehmann, s. Enneccerus.

Liebe, Das bürgerliche Recht nach dem deutschen BGB.

Lippmann, Der Streit um das bessere Recht zwischen Bürgen und Drittverpfänder bei Insolvenz des Hauptschuldners. Thür. Bl., 51, S. 180 ff.

Loening, R., Vertragsbruch.

Martinius, D. J.-Z., 03, S. 543.
Mathiaß, Bürgerliches Recht.
Mittermaier, Deutsches Privatrecht.
Müller, Ueber die germanische Bürgschaft mit besonderer Rücksicht auf das jütsche Lov. Ztschr. f. D. R., Bd. 1, S. 321 ff.
Neumann, Handausgabe des BGB.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse.
Pappenheim, Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 47, S. 142 ff.
— Handbuch des Seerechts. 1906.
Paulsen, Beitrag zur Lehre von der Bürgschaft aus dem nordischen Recht. Ztschr. f. D. R., Bd. 4, S. 124 ff.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch.
Platner, Die Bürgschaft des germanischen Rechts.
Predari, Ztschr. f. Handelsrecht, Bd. 51, S. 616.
Puchta, Vorlesungen des römischen Rechts.
Puntschart, Grundschuldbegriff.
— Schuldvertrag und Treugelöbnis.
Ribbentrop, Zur Lehre von der Korrealobligation.
Riezler, in v. Staudinger, Kommentar. 3. Auflage.
Rintelen, Schuldhaft und Einlager. 1908.
Rümelin, Obligation und Haftung. Arch. f. ziv. Pr., Bd. 68, S. 151.
v. Savigny, Obligationenrecht.
Schellhas, Die Konkurssachen.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse.
Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena, 1899.
Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. 1905.
Siber, Jh. J., 50, S. 48 ff.
— Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Sickel, Vertragsbruch.
Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund.
Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung. Recht, 03, S. 251 ff.
Sohm, Prozeß der lex Salica.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB.
Stobbe-Lehmann, Lehrbuch des deutschen Privatrechts.
— Vertragsrecht.
Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers. D. J.-Z., 03, S. 373 ff.

Titz, Unmöglichkeit der Leistung.
Unger, Vorausklage. Jh. J., 29, S. 1 ff.
Walter, Deutsche Rechtsgeschichte.
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1908.
v. Wilmowski, Konkursordnung.
Windscheid, Pandekten.
Witte, Bürgschaft, Schuldübernahme, Gesamtschuld. Pos. Mschr., 03, S. 69 ff.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Arthur Otto Hermann Richter, am 15. Mai 1887 zu Halle a. S., als einziger Sohn des jetzigen Prokuristen und Grubenrepräsentanten Hermann Richter und seiner Ehefrau Wilhelmine geb. Kirchner. Von Ostern 1893 bis Ostern 1896 besuchte ich die Vorschule der Franckeschen Stiftungen. Im April 1896 wurde ich auf die Lateinische Hauptschule derselben Anstalt aufgenommen, die ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Ich bezog sodann die Universität Halle a. S., um mich dem Studium der Rechte zu widmen. Ihr gehörte ich bis zum März 1908 an. In diesen sechs Semestern hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren Dr. v. Blume, v. Brünneck, Finger, v. Hollander, Langheineken, Lastig, Litten, Loening, Rehme, Schwartz, Stammler, Stein. Allen meinen hochverehrten Lehrern bin ich zu großem Danke verpflichtet. Besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Rehme für die liebenswürdige Durchsicht vorliegender Arbeit. Außerdem sei es mir an dieser Stelle vergönnt, meinem hochverehrten Herrn Professor Dr. Langheineken meinen herzlichsten Dank für die vielfachen Anregungen auf dem Gebiete des Zivilprozesses und für das Wohlwollen, welches er mir in seinem ersten Semester in Halle (W.-S. 07/08) entgegengebracht hat, auszusprechen.

Am 27. Juni 1908 bestand ich beim Kgl. Oberlandesgericht zu Naumburg a. S. das Referendar-Examen. Am 10. Juli siedelte ich nach Bitterfeld über, woselbst ich bis zum 1. Oktober 1908 als Referendar am Kgl. Amtsgericht beschäftigt war. Aus dieser Zeit stammt die vorliegende Arbeit. Am 5. Oktober bestand ich mein rigorosum, nachdem ich vier Tage vorher als Einjährig-Freiwilliger beim Mansfelder Feldartillerie-Regiment Nr. 75 eingetreten war.

Thesen.

I.

Es gibt im modernen Recht keine persönliche, sondern nur eine gegenständliche Haftung.

II.

Im Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder bleibt auf dem ersteren die Haftung ruhen.

III.

Der Konkursverwalter ist weder Vertreter des Gemeinschuldners noch der Konkursgläubiger, er hat vielmehr ein Amt.

IV.

Das Deutsche Reich ist kein Staatenbund, kein Einheitsstaat, sondern ein Bundesstaat.

V.

Der Berichtigungsanspruch (§ 894 BGB.) ist nicht verpfändbar, wohl aber pfändbar.

VI.

Mittäter ist nur der, welcher Tatbestandsmerkmale der strafbaren Handlung verwirklicht.

Heynemann'sche Buchdr., Gebr. Wolff, Halle (S.)